



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOÃO ALBERTO DA COSTA GANZO FERNANDEZ

A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA
NO DIREITO BRASILEIRO

Florianópolis
2007

JOÃO ALBERTO DA COSTA GANZO FERNANDEZ

**A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Russi, Esp.

Florianópolis

2007

JOÃO ALBERTO DA COSTA GANZO FERNANDEZ

**A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA
NO DIREITO BRASILEIRO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 21 de novembro de 2007

Prof. e Orientador Alexandre Russi, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Aloísio José Rodrigues, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^a. Rosângela Tremel, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Declaro, para todos os fins de direito que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis /SC, 21 de novembro de 2007.

João Alberto da Costa Ganzo Fernandez

Dedico este trabalho àquele cuja
ausência eu mais senti durante
esta “empresa”, meu querido avô,
Des. Rubem Moritz da Costa.

AGRADECIMENTOS

À minha amada Ernesta, pelos longos debates sobre a natureza da atividade empresária, que me fizeram abstrair todas as faces do tal poliedro de Asquini.

Ao meu pai, Beto, por ter me ensinado que um bom exemplo vale mais do que mil palavras.

À Giglione pelas dicas metodológicas e à Sílvia Back pelos livros emprestados;

A todos os meus professores da UNISUL, em especial ao mestre e amigo Alexandre Russi, pelo grande prazer que foi realizar esta monografia sob sua orientação.

RESUMO

O papel social relevante das empresas na geração e circulação de riquezas faz com que elas recebam do Estado um tratamento jurídico diferenciado. Assim, o início da atividade empresária tem como consequência jurídica o nascimento de uma série de novos direitos e deveres. Do ponto de vista legal, uma atividade econômica é considerada empresária no Brasil, se atender aos requisitos expressos no art. 966 do Código Civil, ou seja, deve ser uma atividade econômica, organizada, exercida profissionalmente para a produção ou a circulação de bens e serviços. Esses requisitos de empresarialidade foram herdados da Teoria da Empresa, contribuição italiana que representou um avanço no sentido de adaptar o ordenamento jurídico às mudanças ocorridas na estrutura econômica pós revolução industrial. Todavia os parâmetros definidos pelo legislador são eivados de subjetivismo, dificultando a tarefa do interprete. Esta monografia tem por objetivo examinar quais são os critérios estabelecidos pela doutrina para caracterizar a atividade empresária, sob diversos enfoques, e discutir a sua importância no mundo jurídico. Da pesquisa bibliográfica realizada concluiu-se que a doutrina jurídica não desenvolveu um critério objetivo que permita a determinação precisa do momento em que uma atividade passa a ser empresária. Entretanto, a doutrina de administração de empresas, através da Teoria dos Sistemas, fornece os subsídios teóricos para a concepção de um novo parâmetro para identificar a existência de uma empresa. Admitindo-a como um organismo autônomo, sua existência pode ser aferida pelo critério da essencialidade da figura física do empresário.

Palavras-chave: Atividade Empresária. Caracterização. Direito Comercial. Empresa. Teoria da Empresa. Teoria dos Sistemas.

RIASSUNTO

L'inizio dell'attività imprenditoriale ha come conseguenza giuridica il sorgere di una serie di nuovi diritti e doveri poichè la notevole funzione sociale svolta dalle imprese nella produzione e circolazione di ricchezza permette loro di ricevere dallo Stato un trattamento giuridico differenziato. In Brasile un'attività economica è considerata attività imprenditoriale, dal punto di vista legale, se presenti i requisiti espressi nell'articolo 966 del Nuovo Codice Civile, ossia quando si tratta di un'attività economica organizzata, svolta professionalmente, con il proposito di produzione ovvero circolazione di beni e servizi. Tali requisiti legali dell'imprenditorialità sorsero con la teoria giuridica dell'impresa, contributo teorico italiano che permise di adattare l'ordinamento giuridico ai mutamenti occorsi nella struttura economica a seguito della rivoluzione industriale e che rappresentava un superamento delle vecchie concezioni. Tuttavia, i parametri definiti dal legislatore continuano ad essere invasi di soggettivismo, rendendo difficile il compito dell'interprete. Obiettivo di questa monografia è di esaminare quali sono i criteri stabiliti dalla dottrina per caratterizzare l'attività imprenditoriale, attraverso i differenti punti di vista, e di discutere la loro importanza nel mondo giuridico. Dalla ricerca bibliografica realizzata si può concludere che la dottrina giuridica non ha definito un criterio obiettivo che permetta di determinare accuratamente il momento in cui un'attività diventa imprenditoriale; pur nonostante, la dottrina di gestione delle imprese, attraverso la Teoria dei Sistemi, fornisce i fondamenti teorici per la concezione di un nuovo parametro che permette di identificare l'esistenza di un'impresa. Accettando l'idea dell'impresa come organismo autonomo, la sua esistenza può essere evinta dall'essenzialità dell'imprenditore.

Parole-chiavi: Attività imprenditoriale. Caratterizzazione. Diritto Commerciale. Imprese. Teoria dell'impresa. Teoria dei Sistemi.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 IMPORTÂNCIA DA CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA	13
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO EMPRESARIAL	13
2.1.1 Origens do Direito Comercial	13
2.1.2 A Teoria da Empresa	15
2.2 A FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DA EMPRESA.....	18
2.2.1 A organização do trabalho e o aumento da eficiência produtiva	18
2.2.2 A importância social da empresa	19
2.2.3 Teoria Institucionalística e Teoria Contratualística	20
2.3 PERSONALIDADE JURÍDICA E A ATIVIDADE EMPRESÁRIA	21
2.3.1 Pessoa jurídica e os equiparados	21
2.3.2 Sociedade simples e sociedade empresária	24
2.3.3 O autônomo	26
2.3.4 O empresário individual	28
2.3.5 O exercente de atividade rural	30
2.3.6 A cooperativa	31
2.3.7 Particularidades do direito italiano	31
2.4 REFLEXOS JURÍDICOS DA CARACTERIZAÇÃO DA EMPRESA.....	32
2.4.1 Aspectos destacados sob o prisma tributário	32
2.4.2 Aspectos destacados sob o prisma civil.....	35
2.4.3 Aspectos destacados sob o prisma falimentar	36
3 A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA	38
3.1 OS CONCEITOS NÃO JURÍDICOS DE EMPRESA	38
3.2 OS CONCEITOS JURÍDICOS DE EMPRESA	39
3.2.1 Conceito jurídico de fundamento econômico	39
3.2.2 A natureza jurídica da empresa.....	39
3.2.3 A empresa e o estabelecimento	40
3.2.4 A empresa e a Teoria dos Sistemas.....	43

3.2.5 O empresário à luz do art. 966 do CC	46
3.2.5.1 Profissionalismo.....	47
3.2.5.2 Atividade econômica.....	49
3.2.5.3 Atividade organizada	51
3.2.5.4 Produção e circulação de bens e serviços.....	54
3.2.6 A essencialidade da força laborativa do empresário	55
 4 CONCLUSÃO	 57
 REFERÊNCIAS.....	 60

1 INTRODUÇÃO

Os últimos dois séculos foram marcados por uma multiplicação exponencial da riqueza mundial graças às empresas, organizações humanas que combinam eficientemente os fatores de produção de forma sinérgica e sistêmica para produzir e fazer circular bens e serviços.

Sempre existiram formas de trabalho organizadas e dirigidas. Porém, a acumulação de capital, a invenção de máquinas de produção em série e a expansão dos mercados pós revolução industrial provocaram um desenvolvimento da atividade empresarial nunca antes visto.

Neste contexto, a empresa assumiu um papel social de extrema importância devido a sua capacidade de pagar impostos, gerar empregos, desenvolver tecnologias e movimentar a economia de uma maneira geral.

Constitui-se, porém, em uma realidade social complexa, que envolve interesses de natureza não só individual, mas também coletiva. Interesses muitas vezes conflitantes entre si.

Essa situação justifica um tratamento jurídico diferenciado por parte do Estado, que ciente da função estratégica desempenhada pela empresa no processo de produção e circulação da riqueza nacional, lhe atribui um regime jurídico próprio.

Desta forma, o exercício da atividade empresária faz nascer uma série de novos direitos e deveres. Define o regime de tributação, a possibilidade de beneficiar-se das vantagens oferecidas pelas Leis de Falências e da microempresa, proteção legal ao estabelecimento e ao nome comercial, obrigação de escrituração contábil, definição dos tipos societários e, conseqüentemente, a extensão da garantia a eventuais credores, entre outros.

O Código Civil Brasileiro¹ (CC), em sintonia com a doutrina comercialista desenvolvida pelos italianos denominada Teoria da Empresa, dedicou o Livro II para tratar exclusivamente do Direito de Empresa.

¹ Lei 10.406/02.

O art. 966 define quem é empresário e, por dedução, o que seja a atividade empresária:

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

Parágrafo Único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. (BRASIL, 2002).

Percebe-se na leitura do texto legal a opção do legislador em subjetivar o conceito. Não há critérios claros que definam o que venha a ser uma atividade econômica, quando que ela é exercida profissionalmente e a partir de que condições ela passa a ser considerada organizada.

A imprecisão do conceito expresso no aludido artigo tem como consequência o registro nas Juntas Comerciais de pseudo-empresas e o não registro de verdadeiras empresas.

Uma vez que a correta caracterização de uma atividade econômica como empresária ou não empresária possui implicações jurídicas, é importante então que sejam estabelecidos critérios claros para enquadrar a atividade em um ou outro caso.

Assim, o objetivo deste trabalho é examinar quais são os critérios estabelecidos pela doutrina para caracterizar a atividade empresária, sob diversos enfoques, e discutir a sua importância no mundo jurídico.

Para tanto, com o emprego do método dedutivo, realizou-se pesquisa bibliográfica nas áreas do direito civil, direito comercial e de empresa, direito tributário, direito trabalhista, economia e organização de empresas. A pesquisa foi realizada em doutrinas do Brasil e da Itália, país onde nasceu a moderna Teoria da Empresa.

Além do capítulo introdutório, esta monografia estrutura-se em mais três capítulos. O capítulo 2 aborda a importância jurídica da correta distinção da atividade empresária no contexto nacional. O capítulo 3 discute as diversas posições doutrinárias a respeito das definições expostas no art. 966 do CC, e o capítulo 4, por fim, encerra com a apresentação das conclusões da pesquisa.

2 IMPORTÂNCIA DA CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO EMPRESARIAL

2.1.1 Origens do Direito Comercial

Leciona Antonino Romeo (1985, p. 11-12) que o Direito Comercial, como sistema de normas de comércio em contraposição ao direito civil, teve origem na idade média devido às especiais condições da sociedade daquele tempo.

Com a falência do estado, o poder feudal assumiu o poder no campo. Nas cidades, as classes mais ativas, como os banqueiros, os mercadores e os artesãos, reuniram-se em associações com o propósito de suprir a ausência de um poder estatal forte que regulamentasse suas atividades. Cada corporação criava leis e tribunais próprios para dirimir seus conflitos.

Este sistema jurídico distinguia-se do direito civil porque os sujeitos eram apenas os inscritos nas corporações².

De acordo com o mesmo autor, as primeiras iniciativas estatais para disciplinar a atividade comercial ocorreram apenas no século XVII, com duas ordenanças francesas de Luis XIV para regular o comércio terrestre e marítimo, também conhecidas como Código de Savary³.

² “Il diritto commerciale, come sistema di norme del commercio che si contrapone al diritto civile, ebbe origine nel medio evo per le speciali condizioni della società in quel tempo. Attenuatasi l'autorità dello Stato, le campagne si trovarono sotto il potere dei feudatari; invece nelle città le classi più attive, cioè i mercanti, i banchieri e gli artigiani, si riunirono in associazione libere, al fine di difendersi e di supplire con proprie leggi e con propri tribunali alla mancanza di una efficace legislazione e giurisdizione statale”. (ROMEO, 1985, p. 11).

³ Savary, como o código de Luis XIV é apelidado, é o nome de um comerciante que contribuiu para a sua feitura. (MARTINS, 1996, p. 10).

Segundo Gian Franco Campobasso (1997, p. 7), tais regulamentos surgem da necessidade estatal, em sua sanha expansionista, de ordenar e controlar as atividades das grandes companhias de colonização da época⁴.

Para Dílson Lange (2005, p. 85) o Código de Savary é considerado o primeiro Código Comercial dos tempos modernos.

Já Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 7) considera que o primeiro sistema normativo exclusivo para disciplinar as relações comerciais, com repercussão em todos os países de tradição romana, inclusive o Brasil, surge apenas no início do século XIX, na França de Napoleão.

Concorda com esta opinião Fran Martins (1986, p. 11), para quem o Código Napoleônico, apesar de não ter inovado muito em matéria de direito comercial, conservando quase tudo o que dispunha o Código de Savary, teve grande influencia nas legislações dos povos latinos.

O campo de incidência do Direito Comercial Francês de 1808 foi delimitado pela Teoria dos Atos de Comércio, assim explicado nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 7):

Sempre que alguém explorava atividade econômica considerada ato de comércio (mercancia), submetia-se às obrigações do Código Comercial (escrever livros, por exemplo) e passava a usufruir da proteção por ele liberada (direito à prorrogação dos prazos de vencimento das obrigações em caso de necessidade, instituto denominado *concordata*).

Contudo, a Teoria original dos Atos de Comércio não era suficiente para delimitar o objeto do Direito Comercial e sofreu ajustes em alguns países que a adotou. Na Alemanha, por exemplo, em 1897, o Código Comercial definiu os atos de comércio como todos os que o comerciante praticasse, alargando o conceito (COELHO, 2007, p. 8).

Na Itália, o Código de Comércio de 1882 (vigente até 1942) considerava ato de comércio operações de compra e venda com escopo de lucro, a atividade industrial, operações bancárias, de seguro e cambiais (ROMEO, 1985, p. 12).

⁴ “L’attività economica è concepita come strumento de accrescimento della potenza dello Stato e di espansione coloniale. È perciò assoggettata ad una minuziosa disciplina pubblicistica finalizzata al controllo, all’ protezione e al potenziamento dei traffici e allo sviluppo della nascente industria”. (CAMPOBASSO, 1997, p. 7).

O Código Comercial Brasileiro, datado de 1850 e parcialmente revogado pelo Código Civil de 2002, também sofreu forte influência da Teoria dos Atos de Comércio. Considerava como atividades econômicas sujeitas à sua disciplina: compra e venda de bens móveis para revenda ou aluguel, indústria, bancos, logística, espetáculos públicos, seguros e armação e expedição de navios (COELHO, 2007. p. 10).

Rubens Requião (2000, p. 38-41) destaca o debate doutrinário e legislativo a respeito da definição e enumeração dos atos de comércio.

É curiosa a divergência dos juristas que, posteriormente, se incubiram das tentativas de reforma do Código Comercial de 1850. Inglez de Souza, que redigiu o projeto de 1912, sustentou que o sistema enumerativo parecia-lhe 'contrário ao espírito científico e à índole do comércio', ao passo que, no projeto que apresentou em 1949, Florêncio de Abreu adotava o critério enumerativo, pela 'vantagem de facilitar a aplicação da lei comercial'.

O autor discute a concepção criada pelo professor comercialista italiano Alfredo Rocco para atos de comércio, que seriam todos os atos que realizam uma interposição na troca (intermediação). É importante destacar que o professor Rocco afasta a essencialidade do lucro, ou o intuito especulativo na conceituação de ato de comércio.

Segundo Requião, porém, tal definição não poderia ser aplicada no sistema brasileiro, uma vez que o direito comercial pátrio afastou de seu âmbito a especulação sobre imóveis, considerada pelo legislador ato estritamente civil.

2.1.2 A Teoria da Empresa

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 10), as deficiências de critério apontadas na Teoria dos Atos de Comércio resultaram na gênese de outra teoria mais completa: a Teoria da Empresa.

Concebida em 1942, na Itália fascista⁵, para melhor disciplinar as atividades econômicas privadas, esse novo sistema incorporou no seu bojo todas as atividades de prestação de serviços e as ligadas à terra. Materializou-se com a unificação parcial do Direito Comercial e do Direito Civil em um único diploma legal.

Elucida Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 1), em parecer encomendado pelo Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, o que representou a Teoria da Empresa para o saber jurídico: “A partir da teoria da empresa, o Direito Comercial deixa de ser o ramo jurídico aplicável à exploração de certas atividades e passa a ser o direito aplicável quando a atividade é explorada de uma determinada forma, a forma empresarial”.

Waldírio Bulgarelli (1995, p. 56) comenta as razões históricas que levaram o legislador italiano a essa mudança de paradigma:

Pressionado pela transformação do capitalismo comercial em capitalismo industrial, que tornara imprópria a assimilação do industrial ao comerciante para o fim de ser submetido ao estatuto deste, a intenção do legislador foi a de posicionar o industrial como empresário e portanto agente da produção, em igualdade de condições com o comerciante, produzindo-se em consequência uma reviravolta, ao substituir o sistema assentado no comerciante por outro baseado no empresário.

Em razão dos seus méritos jurídicos a Teoria da Empresa inspirou a reforma da legislação comercial de outros países além da Itália, como a Espanha, em 1989; e o próprio Brasil, em 2002. (COELHO, 2007, p. 9).

A doutrina brasileira já sinalizava desde a década de sessenta com as vantagens da Teoria da Empresa. De fato, como afirma Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 10), ela fora incorporada no projeto do novo Código Civil já em 1975. Durante os quase 30 anos que o Congresso levou para aprová-lo, diversas leis de interesse do direito comercial foram editadas inspiradas pela Teoria da Empresa. Destacam-se o Código de Defesa do Consumidor de 1990, a Lei de Locação Predial Urbana de 1991 e a Lei do Registro de Empresas de 1994.

⁵ “A empresa, na ideologia fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam os conflitos entre a classe burguesa e a classe proletária.” (COELHO, 2007, p. 9).

A despeito de representar uma evolução conceitual derivada da Teoria da Empresa, a unificação do Direito de Empresa (ou Comercial) com o Direito Civil, promovida pelo legislador italiano, em 1942 e pelo legislador brasileiro, em 2002, apresenta alguns comentários críticos por parte da doutrina.

Dílson Lange (2005, p. 86) sustenta que a globalização aumentou ainda mais o abismo que separa o Direito Civil do Direito Comercial, o que não justificaria sua fusão.

[...] atribuo a um problema sério de autismo de nossos legisladores, querer unificar hoje, o Direito Civil e o Direito Comercial, tarefa que me parece tão impossível como misturar água ao óleo; tese, aliás, muito discutida no passado, porém, totalmente fora de foco atualmente.

Ou seja, para Lange o legislador brasileiro provocou um retrocesso ao copiar do legislador italiano a unificação dos dois ramos do direito privado.

Contudo, reconhece as vantagens da unificação do Direito das Obrigações e a adoção da Teoria da Empresa, que ignora a natureza civil ou mercantil de uma atividade negocial, considerando ambas como empresas.

Fran Martins (1996, p. 34) defende a idéia de que nunca houve uma verdadeira unificação do direito privado, mesmo no direito italiano.

Sobre o Código Civil Italiano, o autor afirma que:

Apesar de incluídos em um único corpo de leis, os princípios do Direito Comercial não se confundem com os do Direito Civil, estando ainda, reguladas por leis especiais matérias⁶ que sempre pertenceram ao Direito Comercial.

O mesmo doutrinador reforça sua argumentação afirmando que o jurista italiano Cesare Vivante, paladino da unificação que resultou no Código Civil Italiano, reconsiderou seu ponto de vista posteriormente, considerando um erro a fusão dos dois direitos, dada a sua natureza distinta.

⁶ Refere-se aos títulos cambiários, que ficaram de fora do Código Civil Italiano. Eles são regulados pela Lei de 14 de dezembro de 1933, baseada na Conferência de Genebra.

2.2 A FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DA EMPRESA

2.2.1 A organização do trabalho e o aumento da eficiência produtiva

O incremento excepcional de eficiência dos processos de produção econômica registrado no mundo ocidental é devido a duas ordens conjuntas de causas: a adoção das formas e das modalidades inovativas das especializações econômicas (divisão do trabalho) e a inovação tecnológica, incluindo o uso de novas fontes de energia e o desenvolvimento dos transportes. (AIROLDI et al, 1989, p. 54).

Com relação ao fator trabalho, Curtis Eaton e Diane Eaton (1999, p. 180-199) asseveram que o sucesso de qualquer firma depende dos esforços cooperativos de seus trabalhadores. Sem o esforço sinérgico, a firma está fadada ao insucesso. Comentam os autores que este conceito foi aventado pela primeira vez por Adam Smith, em 1776, no livro: A riqueza das nações. A idéia fundamental de Smith é que um grupo de trabalhadores é potencialmente mais produtivo quando todo um processo de produção é dividido em uma série de tarefas separadas a fim de que os trabalhadores individuais possam se especializar em uma ou poucas funções implicando efeito aprendizagem, inexistência de ajustamento (tempo desperdiçado na passagem de uma tarefa para outra) e progresso técnico associado à execução de uma tarefa específica.

Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p. 186) apontam como vantagens da empresa sobre o trabalho autônomo os seguintes aspectos:

Os ganhos maiores com a especialização e com a economia nos custos da transação permitem que a firma com empregados produza uma determinada quantidade de mercadorias utilizando menos recursos que um grupo de trabalhadores independentes utilizaria. Assim ela pode cobrar preços menores, atraindo clientes dos trabalhadores independentes. Como a firma economiza em recursos, ela pode pagar salários mais altos para seus trabalhadores, em relação ao que eles poderiam ganhar como trabalhadores independentes. A firma também pode oferecer a seus trabalhadores um seguro útil contra flutuações na renda [...]

Para os autores, essas vantagens justificariam a preferência da sociedade pelo modo de produção empresarial ao modo de produção artesanal ou autônomo.

2.2.2 A importância social da empresa

Os reflexos da adoção desse novo modelo de produção capitalista foram avassaladores do ponto de vista social, resultando em novas estruturas, objeto de estudo dos sociólogos. Neste contexto, a empresa assume um papel social de extrema importância, assim descrito por Gecivaldo Ferreira (2005, p. 2):

A função social da empresa encontra-se na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, sem esquecer do papel importante do lucro, que deve ser o responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico realimentando o processo de novos empregos, novos investimentos, sucessivamente.

Ainda no plano social, porém com outra perspectiva, John Pfiffner e Frank Sherwood (1965, p. 15) reconhecem que as organizações (empresas), como entidades sociais, são caracteristicamente suscetíveis a todos os conflitos e oportunidades para cooperação, que se encontram na sociedade como um todo. “Por serem as organizações organismos sociais complicados, devem se encarados no contexto total, de muitas dimensões”. (PFIFFNER e SHERWOOD, 1965, p. 15).

Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p. 130) comenta que:

Muitas empresas se assemelham, em força econômica a até mesmo política, a um Estado-nação. Daí a importância que as empresas passaram a dispor na sociedade contemporânea, tomada pelo avanço tecnológico e pela concentração de riquezas.

A Constituição Federal Brasileira (CRFB/88), no art. 1º, inciso IV, considera o exercício da livre iniciativa um dos fundamentos da República:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

O art. 170, da mesma carta, condiciona a liberdade de iniciativa ao interesse social, *in verbis*:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
 I – soberania nacional;
 II – propriedade privada;
 III – função social da propriedade;
 IV – livre concorrência;
 V – defesa do consumidor;
 VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII – busca do pleno emprego;
 IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
 (BRASIL, 1988).

Devido então a sua importância para a sociedade e para o Estado, a empresa recebe uma tutela jurídica diferenciada, com direitos e deveres que visam, em última análise, protegê-la como instituição social de primeira grandeza.

2.2.3 Teoria Institucionalística e Teoria Contratualística

A compreensão da empresa como instituição social é parte essencial do postulado da Teoria Institucionalística da Empresa.

Ensina Gastone Cottino (2000, p. 162) que, segundo essa teoria, a empresa é mais do que uma simples soma de atos funcionalmente diretos e coordenados para um fim, envolve também elementos pessoais e reais, organismo no qual essa força de trabalho se insere através de um contrato de trabalho, constituindo-se num mundo jurídico completo no seu gênero e no seu fim⁷.

⁷ “L’impresa non sarebbe cioè, come ritiene la maggioranza degli autori, una semplice somma di atti funzionalmente diretti e coordinati ad un fine e quindi fusi nel concetto di attività economica organizzata, ma aggregato di elementi personali e reali, organismo cui si partecipa ed in cui si ci inserisce con la stipulazione di un contratto di lavoro, e pertanto, un mondo giuridico a sé completo nel suo genere e nei suoi fini”. (COTTINO, 2000, p. 162).

Para Gasttione Cottino (2000, p. 165) a Teoria Institucionalística consagra a posição do empreendedor como *anello essenziale*⁸ do ordenamento econômico e social. De acordo com o mesmo autor, contrapõe-se a esta visão, a Teoria Contratualística. Os contratualistas (entre eles o doutrinador italiano Ascarelli) negam categoricamente a presença, dentro da empresa, de interesses superiores ou diferentes dos proprietários. Para eles, o empreendedor deve ser o protagonista do processo de produção e troca, o patrão do próprio destino.

2.3 PERSONALIDADE JURÍDICA E A ATIVIDADE EMPRESÁRIA

2.3.1 Pessoa jurídica e os equiparados

O léxico pessoa, conforme definição de Plácido e Silva (1975, p. 1.157), “exprime ou designa todo ser, capaz ou suscetível de direitos e obrigações”.

O Código Civil, em seu livro I, divide as pessoas em dois grandes grupos: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Pessoa natural é o ser humano. Para adquirir capacidade civil, basta que nasça com vida, sendo certo que a legislação põe a salvo, desde a concepção, seus direitos.

Pessoas jurídicas, no entendimento de Sílvio Rodrigues (1995, p. 64):

São entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que os compõe, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

Para Jorge Rubem Fonseca de Oliveira (1999, p. 117) o advento das macroempresas, onde pouco se percebe a ação dos sócios sobre os negócios da empresa (vez que ela age com vida e luz própria pelas mãos dos seus executivos), faz com que esse tipo de organização se transforme em sujeito de direito e, portanto, deva ser vista como pessoa jurídica.

⁸ Anel essencial. (tradução nossa).

Sustenta o autor que:

A vantagem de se reconhecer personalidade jurídica às empresas reside na sua manutenção e conservação, em benefício de toda a coletividade – passando pelos empregados, seus fornecedores, seus consumidores, etc – em detrimento à vontade exclusiva dos seus sócios. (OLIVEIRA, 1999, p. 117).

Maria Helena Diniz (2002, p. 206) emite o seguinte conceito operacional⁹: “Pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica, como sujeito de direitos e obrigações”.

Como explica João Paulo Oliveira (2007, p. 1):

As pessoas jurídicas podem ser de direito público, externo e interno, e de direito privado. As pessoas jurídicas de direito privado são agregados de pessoas ou bens organizados para determinado fim. No direito pátrio atual, são elas: fundações, associações, sociedades (simples e empresárias), cooperativas, sindicatos e partidos.

Portanto as sociedades, empresárias ou não empresárias, em princípio constituirão pessoas jurídicas.

Segundo Amador Paes de Almeida (1995, p. 8) elas formam uma entidade à parte, “[...] absolutamente distinta das pessoas naturais que a integram.” Por esta razão, são reconhecidas pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direito, equiparadas às pessoas físicas.

Porém nem todas as sociedades adquirem personalidade jurídica, a despeito de estarem incluídas no art. 44 do CC.¹⁰ Como ressalta João Paulo Oliveira (2007, p. 1): “[...] se uma sociedade não personificada empresariar, ela não ganhará personalidade jurídica por conta disto”.

⁹ Conceito operacional ou *cop*, segundo o professor Cesar Luiz Pasold (2000, p. 51), “[...] é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”.

¹⁰ Art. 44 - São pessoas jurídicas de direito privado:

- I - as associações;
- II - as sociedades;
- III - as fundações.
- IV - as organizações religiosas;
- V - os partidos políticos. (BRASIL, 2002).

O comentário é valioso, pois, segundo o CC, art. 45¹¹, a personalidade jurídica só é adquirida com o registro da sociedade no Registro Público de Empresas Mercantis ou no Registro Civil, conforme o tipo de sociedade. Logo, as sociedades de fato, ainda que empresárias, não são consideradas pessoas jurídicas.

Da mesma forma, o simples exercício da atividade de empresário não cria nova personalidade jurídica. A pessoa física que começa a empresariar continuará pessoa física, apenas receberá a denominação de empresário individual.

O legislador brasileiro não incluiu os empresários individuais no rol das pessoas jurídicas apresentado no art. 44 do CC, obedecendo ao pressuposto conceitual de que a pessoa jurídica é idônea apenas para grupos de indivíduos ou bens, como definem alguns renomados civilistas¹², e que será objeto de comento em tópico posterior. Ainda com respeito ao empresário individual nota-se que há uma imprecisão terminológica criada pelo próprio Estado. O art. 12 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal 200/2002¹³ exige que todas as pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas, se inscrevam no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ).

A imposição dessa inscrição e a própria denominação deste cadastro conduz aos equívocos relativos à falsa personalização da firma individual.

Como enfatiza o Procurador da Fazenda, João Paulo Oliveira (2007, p. 1):

Ora, as equiparadas não são pessoas jurídicas, mas sim pessoas naturais equiparadas a pessoas jurídicas. Quem é equiparado não é igual. Logo, não há pessoas jurídicas equiparadas, e sim pessoas físicas equiparadas a jurídicas. Assim como o exercício da empresa não cria personalidade, a inscrição do CNPJ também não o faz. A aquisição da personalidade das pessoas jurídicas de direito privado se dá com base no Código Civil e este dá personalidade jurídica às sociedades empresariais, mas não permite o surgimento de nova personalidade como decorrência do exercício de empresa pela pessoa natural, tampouco pelo registro da pessoa natural na Junta Comercial ou no CNPJ.

¹¹ Art. 45 - Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. (BRASIL, 2002).

¹² Maria Helena Diniz (2002) e Orlando Gomes (1995).

¹³ Art. 12 - Todas as pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas, estão obrigadas a se inscrever no CNPJ. (BRASIL, 2002).

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 43) além de ponderar que o empresário não registrado (na Junta Comercial ou no Registro Civil) não pode usufruir os benefícios que o Direito Comercial lhe confere, enumera as seguintes consequências para o empresário individual que não promover seu registro:

- a) não terá legitimidade ativa para pedir a falência de seu devedor (art. 97, §1º, da Lei de Falências - LF), embora possa ter a sua própria falência decretada;
- b) não terá legitimidade para requerer a recuperação judicial (art. 51, V, da LF);
- c) não poderá valer-se da eficiência probatória dos seus livros contábeis por falta de autenticação do Registro de Empresas e, conseqüentemente, sua falência será considerada fraudulenta, incorrendo o empresário em crime falimentar previsto no art. 178 da LF.

Se for sociedade empresária sem registro, as consequências serão as seguintes conforme o mesmo autor:

- a) os sócios responderão ilimitadamente e solidariamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem¹⁴, o sócio que contratou pela sociedade (art. 990 do CC);
- b) impossibilidade de participar em licitações nas modalidades de concorrência pública e tomada de preço (Lei 8.666/93, art.28, II e III);
- c) impossibilidade de inscrição em Cadastros Fiscais (CNPJ, Cadastro de Contribuintes Mobiliários entre outros) e conseqüentes sanções pelo descumprimento dessa obrigação acessória;
- d) ausência de matrícula junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, cuja consequência é a pena de multa (Lei 8.112/91, art. 49, I);
- e) proibição de contratar com o Poder Público (CRFB/88, art. 195, §3º).

Conclui-se, pelas consequências advindas, que a personificação é essencial para o aproveitamento da proteção legal à atividade empresária.

2.3.2 Sociedade simples e sociedade empresária

Define o art. 982 do CC¹⁵ que são consideradas simples as sociedades que não tiverem por objeto o exercício de atividade própria de empresário.

¹⁴ O benefício de ordem previsto no art. 1.024 do CC assegura que os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Elas podem adotar, conforme determina o art. 983 do mesmo diploma¹⁶, as formas previstas para a sociedade empresária, exceto a sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações.

As formas possíveis são: nome coletivo, comandita simples, limitada¹⁷, cooperativa e simples (em sentido estrito). Já as sociedades empresárias podem adotar as seguintes formas: nome coletivo, comandita simples, limitada, anônima e comandita por ações.

Maria Helena Diniz (2002, p. 227) define a sociedade simples como aquela que visa fins econômicos ou lucrativos, que deve ser repartido entre os sócios, sendo alcançado pelo exercício de certas profissões ou pela prestação de serviços técnicos. Para a mesma autora, as sociedades empresárias visam lucro, mediante o exercício de atividade mercantil.

Fabio Ulhoa Coelho (2007, p. 110) reforça o entendimento de Maria Helena Diniz alertando que apesar do fim lucrativo ser da essência de qualquer sociedade empresária (inexiste pessoa jurídica desta categoria com fins filantrópicos), também a sociedade simples pode ter fins lucrativos, como as sociedades de advogados, rurais, e as sem registro na Junta Comercial.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 1), as sociedades simples são identificadas por exclusão, ou seja, se não forem empresárias serão consideradas simples.

Entende Fabio Ulhoa Coelho (2007, p. 111) que se o objeto social for explorado sem empresarialidade, ou seja, sem a organização profissional dos fatores de produção, será uma sociedade simples.

Sem divergir no conceito, Maria Helena Diniz (2002, p. 227) afirma que para se saber se uma sociedade é simples ou empresária, basta considerar-se a natureza das operações habituais.

¹⁵ Art. 982 - Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art.967); e simples, as demais. (BRASIL, 2002).

¹⁶ Art. 983 – A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. (BRASIL, 2002).

¹⁷ Dilson Lange (2005, p. 138) não admite, por interpretação sistêmica da legislação, a possibilidade de adoção da forma limitada pelas sociedades simples.

Se elas tiverem por objeto o exercício de atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços, próprias de empresário sujeito à registro, a sociedade será empresária. Serão simples as que não exercerem tais atividades, mesmo que adotem quaisquer das formas empresariais, exceto se forem anônimas, que por força de lei, serão sempre empresárias.

Ressalta Graciano Pinheiro de Siqueira (2004, p. 1):

[...] a sociedade simples não está restrita meramente ao campo das atividades ligadas à profissão intelectual, literária ou artística (parágrafo único do art. 966). Ao contrário, estende-se a qualquer ramo de atividade, desde que não se enquadre no contexto empresarial.

Cabe destacar que o recém aprovado Estatuto Nacional da Microempresa (LC 123/06) é responsável por uma imprecisão terminológica. Como foi comentado nos parágrafos anteriores, a sociedade simples não é empresária. Entretanto, o art. 3º do aludido estatuto considera a sociedade simples microempresa ou empresa de pequeno porte¹⁸ em flagrante desacordo conceitual.

2.3.3 O autônomo

O autônomo, ou seja, aquele cujas atividades não pressupõe a existência de profissionalismo e organização de fatores de produção não é considerado empresário.

Nesta categoria estão os profissionais liberais, que o art. 966 do CC inclui entre os exercentes de profissão intelectual, desde que suas atividades não constituam elemento de empresa, como ressalta, de forma redundante, o parágrafo único do mesmo artigo.

¹⁸ LC 123/06. Art. 3º –“Para efeitos desta Lei complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 10.406/02, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que [...]” (NEGRÃO, 2007, p. 268).

É redundante, pois qualquer que seja a atividade, se não for realizada profissionalmente e de forma organizada, por óbvio não será considerada empresária de acordo com comando já expresso no *caput* do art. 966. Ou seja, não há razão de ordem lógica para a existência do parágrafo único.

Estranhamente, entre os doutrinadores comercialistas, apenas Luiz Antonio Hentz (2003, p. 27) comenta sobre esta imprecisão lingüística: “A ressalva do parágrafo único é totalmente dispensável para qualificação do empresário, pois, se não constitui elemento de empresa, o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não se enquadra na definição do *caput*”.

O Enunciado 194 do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal (CEJ) assim interpreta o art. 966:

Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida. (NEGRÃO, 2007, p. 269).

É elucidativo o comentário do professor da Faculdade de Coimbra, Jorge Manoel Coutinho, a respeito do estabelecimento (conjunto de instrumentos de trabalho e o local físico da prestação do serviço) do profissional liberal:

Não possui autonomia funcional nem identidade própria, não mantém idêntica eficiência ou produtividade na titularidade de terceiro (profissional de mesma especialidade). (ABREU, 1999 apud COELHO, 2005, p. 15).

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 16-17) exemplifica, com muita propriedade, a aquisição do caráter empresarial de uma atividade econômica desenvolvida originalmente por um profissional liberal:

Imagine o médico pediatra recém formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie seu consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio, também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de clínica [...] Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa.

Também não são considerados empresários: o pequeno comerciante que trabalha sozinho (sem organizar os fatores de produção), o artesão, etc.

Ponto a ser discutido é a preferência maior que o mercado devota ao profissional que possui uma empresa. A contratação de empresas por pessoas jurídicas apresenta benefícios de ordem previdenciária (não há necessidade de pagamento compulsório de antecipação de contribuição previdenciária devida pelo autônomo, exigência instituída pela MP 83/2002 e Lei n. 8.212/91) e trabalhista (reduz o risco de caracterização de vínculo trabalhista). Além disto, a empresa confere ao autônomo uma imagem de profissionalismo na prestação do seu serviço.

A esse respeito, Graciano Siqueira (2004, p. 1) sugere a criação de um órgão de registro para os autônomos, como ocorre com as sociedades simples:

O não-empresário individual, que é o profissional autônomo, especialmente quando estabelecido, deveria contar também com um órgão de registro, tal como o empresário individual. E esse órgão seria, naturalmente, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Houve, com efeito, uma omissão do legislador, a ser suprida pelo intérprete, através dos processos de integração da norma jurídica (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Cabe aplicar, no caso, a analogia, com base no paralelismo que identifica a sociedade empresária com o empresário individual e a sociedade simples com o profissional autônomo estabelecido (firma individual não empresária).

A sugestão do autor, advogado registral, vai ao encontro da idéia de uma maior formalidade à atividade autônoma.

2.3.4 O empresário individual

Se qualquer dessas atividades, tal qual o exemplo do médico, evoluir para um estágio no qual a organização dos fatores de produção passa a ser preponderante sobre o trabalho individual do empreendedor sem sócios, surge a empresa individual, que para ser personificada deve ser inscrita no registro das empresas (art. 967 do CC¹⁹ e Lei n. 8.934/94).

¹⁹ Art. 967- É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. (BRASIL, 2002).

Afirma Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 20) que o empresário individual, em geral, não explora atividade economicamente importante, já que a regra é que “[...] as atividades de maior envergadura econômica sejam exploradas por sociedades empresárias anônimas ou limitadas. Aos empresários individuais sobram os negócios rudimentares e marginais”.

O exemplo do médico trazido anteriormente pelo autor é interessante para que se identifique um outro fenômeno mal resolvido pelo legislador. Como se viu em tópico anterior, à luz do CC, o empresário individual não é considerado pessoa jurídica. Suponha-se que o médico do exemplo, ao inaugurar sua clínica, tenha feito sua inscrição na Junta Comercial como empresário individual. E que essa clínica, por seu elevado prestígio, alugue por valores bem elevados consultórios para outros médicos (situação fática encontrada em Florianópolis), E que, como fundador, reserve um desses consultórios para seu uso exclusivo, que não passa de 4 horas por dia, permanecendo outras boas horas ocioso.

Sob o ponto de vista da empresa, cujo objetivo é maximizar o lucro, tal consultório deveria ser alugado e não restar caprichosamente ocioso. Percebe-se, pois, a existência virtual de uma pessoa jurídica com interesses próprios e, em alguns casos, até divergentes de seu proprietário.

De tal raciocínio aduz-se que mesmo as empresas individuais poderiam, teoricamente, personificar-se e ser consideradas pessoas jurídicas, inclusive com patrimônio independente. Ressalta-se que tais figuras não existem no ordenamento pátrio, e são meros objetos de reflexão do pesquisador.

A respeito da personificação do empresário individual, Maria Helena Diniz (2002, p. 206) e Orlando Gomes (1995, p. 186) comentam que a personificação é construção da técnica jurídica para possibilitar a atividade social de certos grupos, como se fossem pessoa natural. Ou seja, essencialmente, a pessoa jurídica existe para atender as necessidades jurídicas de grupos de pessoas naturais. Todavia, como admite Orlando Gomes, existem núcleos unitários equiparáveis à pessoa jurídica como a herança jacente e a massa falida.

Ensina João Paulo Oliveira (2007, p. 1), que em Portugal e na França é possível o desdobramento da personalidade da pessoa natural empresária, separando-se responsabilidade e patrimônio para atividades empresariais e civis. Como explica o autor:

Em Portugal este instituto recebe o nome de Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (E.I.R.L), e na França, o nome de 'sociedade unipessoal de responsabilidade limitada', cujo propósito é permitir que a pessoa natural exerça atividade empresária pondo a salvo seus bens pessoais, tornando mais claros os limites da garantia oferecida a terceiros.

Graciano Siqueira (2003, p. 1) lamenta que o legislador tenha perdido a oportunidade de limitar a responsabilidade do empresário individual ao patrimônio de sua empresa, o que evitaria a criação de falsas sociedades (onde geralmente um dos sócios responde por 99% do capital social) somente com o intuito de preservar seu patrimônio pessoal.

2.3.5 O exercente de atividade rural

Quem exercita a atividade rural, por força do art. 971 do CC²⁰, pode optar por submeter-se aos direitos e deveres do empresário, bastando para tal, inscrever-se no Registro de Empresas. Caso não requeira a inscrição será considerado autônomo.

Segundo Luiz Antônio Hentz (2003, p. 28): "O caráter facultativo do empresário rural atende a realidade atual do campo, em que verdadeiras empresas agregam capital e trabalho exclusivamente para a produção agrícola, pecuária e extrativista".

²⁰ Art. 971 - O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro. (BRASIL, 2002).

2.3.6 A cooperativa

Outra entidade anômala é a cooperativa. A despeito de possuir todas as características de empresa, por determinação expressa do legislador (CC, arts. 1.093 a 1.096) não se submete ao regime empresarial. (COELHO, 2007, p. 19).

Segundo José Edwaldo Tavares Borba (2003, p. 1) a cooperativa é uma espécie de associação com características de sociedade. Diz o autor:

A chamada sociedade cooperativa situa-se evidentemente no âmbito do fenômeno associativo, mas representa uma categoria especial, posto que se coloca entre a associação e a sociedade. O seu objetivo é desenvolver atividades de interesse dos sócios, podendo essas atividades serem lucrativas, mas esses lucros serão distribuídos aos sócios proporcionalmente ao valor das operações efetuados pelo sócio com a sociedade.

Assim, por sua natureza peculiar, a cooperativa será sempre tratada como sociedade simples, qualquer que seja o seu objeto, da mesma forma que a sociedade anônima, que será sempre empresária.

2.3.7 Particularidades do direito italiano

O Código Civil Italiano, ao contrário do brasileiro, particulariza, no art. 2.083²¹ a figura do pequeno empreendedor (*piccolo imprenditore*). Por definição legal é quem exercita uma atividade profissional organizada prevalentemente com o trabalho próprio e dos componentes da família. Incluem-se também nesta categoria os pequenos agricultores, os artesãos e os pequenos comerciantes. O pequeno empreendedor deve ser inscrito no registro de empresas, porém não é obrigado a possuir livros contábeis. Não está sujeito à falência (com exceção dos artesãos, que possuem legislação específica), mas responde com todos os seus bens pessoais.

²¹ Art. 2083 – *Piccoli imprenditori. Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.* (ITÁLIA, 1991).

2.4 REFLEXOS JURÍDICOS DA CARACTERIZAÇÃO DA EMPRESA

A caracterização de uma atividade como empresária possui conseqüências jurídicas importantes, principalmente nas áreas tributária, falimentar e civil. A seguir serão discutidos alguns aspectos destacados de cada um desses ramos do direito e que ilustram o alcance prático desta monografia.

2.4.1 Aspectos destacados sob o prisma tributário

O legislador conferiu às sociedades simples regime de tributação análogo às sociedades empresárias²². O mesmo se deu em relação ao empresário individual.

Esse regime de tributação das pessoas jurídicas e equiparadas (empresário individual) diferencia-se do regime destinado às pessoas físicas, no qual está enquadrado o profissional autônomo. Enquanto este está sujeito ao pagamento do Imposto de Renda Pessoa Física²³, Contribuição Previdenciária e recolher o Imposto Municipal sobre Serviços (ISS), aqueles devem pagar Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para o Financiamento da Previdência Social (COFINS), Contribuição Previdenciária (INSS) e Imposto sobre Serviços (ISS)²⁴. O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, por sua vez, pode incidir sobre o lucro real ou sobre o lucro presumido.

²² Art. 129 - Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL, 2005).

²³ A legislação do imposto de Renda permite o abatimento de despesas da atividade do autônomo (salário de secretária, aluguel, etc) se registradas em livro caixa.

²⁴ Em Florianópolis, a alíquota varia entre 2% e 5% (Código Tributário Municipal, art. 256), calculada sobre o valor do serviço. (FLORIANÓPOLIS/SC, 1997).

Porém a Lei 9.249/95 estabeleceu, no art. 10²⁵, a isenção do Imposto de Renda sobre os lucros ou dividendos distribuídos aos sócios ou acionistas, apurados a partir de janeiro de 1996. Isso significa que os rendimentos provenientes de lucros ou dividendos, não são tributáveis, nem na fonte e nem na declaração do empresário (ou participante da sociedade simples). Evita-se, desta forma, uma possível bi-tributação.

Cumpra esclarecer que a remuneração do trabalho do empresário, recebida na forma de pró-labore, é tributada da mesma forma que os rendimentos do autônomo.

De acordo com informações do Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa de São Paulo (SEBRAE/SP), de um modo geral, a empresa possui carga tributária menor que a do autônomo. Todavia isso dependerá de uma série de fatores, tais como o faturamento e a atividade exercida. (SEBRAE/SP, 2007).

Então, para pagar menos impostos e por outros motivos já discutidos no tópico dedicado ao autônomo, muitos prestadores de serviços de caráter personalíssimo constituem pessoa jurídica.

Entretanto, por vezes, trata-se apenas de artifício para dissimular vínculo empregatício e burlar a legislação trabalhista e previdenciária. Por esta razão, muitas dessas sociedades sofrem ação fiscalizadora dos órgãos lesados, sendo algumas, inclusive, fechadas pelos próprios fiscais.

Este tipo de ação fiscal motivou a apresentação de uma emenda por parte do Senado, conhecida como Emenda 3 (que cerceava o poder fiscalizador do Estado), a Projeto de Lei de autoria do Poder Executivo criando a Super Receita²⁶. A dita emenda foi vetada pelo Presidente da República²⁷.

²⁵ Art. 10º - Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior. (BRASIL, 1995).

²⁶ Projeto de Lei n. 6.272/2005 posteriormente convertido na Lei n. 11.457/2007.

²⁷ A Emenda 3 transferia para a Justiça do Trabalho a decisão sobre fiscalização e multa às empresas e sociedades investigadas. Tramita no Congresso Federal Projeto de Lei n.133/2007 transferindo do Auditor Fiscal para o Delegado da Receita Federal a autonomia para multar empresas e sociedades sob suspeita de constituição fraudulenta. Tramitação disponível em: <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=340670>. Acesso em: 15 out. 2007.

Há, porém, situações em que a legislação tributária privilegia o trabalho autônomo. A jurisprudência catarinense apresenta casos recentes de clínicas médicas que entraram com ações de repetição de indébito para obter valores pagos, supostamente a maior, de ISS.

Alegaram em juízo que, por não se considerarem empresas, deveriam recolher o ISS em valor fixo anual (como fazem os autônomos e sociedades simples) e não em alíquota incidente sobre o faturamento.

Nos julgados pesquisados²⁸, o entendimento predominante foi de negar provimento à argumentação dos autores, sob o fundamento de que as clínicas médicas demandantes perderam o caráter de sociedade simples, adquirindo o caráter empresarial.

Os casos das clínicas médicas encontrados na jurisprudência são emblemáticos por evidenciar a postura do interprete, que considera a realidade fática empresarial da atividade e não o que estava avençado no contrato social dos postulantes, todos registrados como sociedades simples.

Um outro aspecto notável, sob o enfoque tributário, é que a empresa é considerada contribuinte, independentemente da figura do empresário.

Com efeito, assim dispõe o art. 146 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto n. 3000/99:

Art. 146 – São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este decreto:
I - as pessoas jurídicas;
II - as empresas individuais. (BRASIL, 1999).

Portanto, como aduz Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p. 120): “A empresa, no direito tributário, é vista como pessoa jurídica”. Ou seja, sujeito de direitos.

²⁸ TJSC, Apelação Cível n. 2006.003326-5, da Capital; TJSC, Apelação Cível n. 2006.004624-8, de Balneário Camboriú e TJSC, Embargos Infringentes n. 2006.009564-3, da Capital.

2.4.2 Aspectos destacados sob o prisma civil

O exercício da atividade empresária cria ônus, obrigações e responsabilidades para quem a pratica. Entre as obrigações instituídas pelo Código Civil destacam-se o seu registro conforme determina o art. 967 do CC:

Art. 967 - É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. (BRASIL, 2002).

E a escrituração contábil, como dispõe o art. 1.179 do CC:

Art. 1.179 - O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico. (BRASIL, 2002).

No plano da responsabilidade civil, se o exercício da atividade empresária implicar por natureza riscos, estará sujeito à responsabilidade civil objetiva, nos termos do art. 927 do CC:

Art. 927 - Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

A caracterização da atividade como empresária implica também algumas questões burocráticas. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 20) as empresas estão obrigadas às formalidades societárias periódicas, como a reunião anual dos sócios para aprovação de contas (sociedades limitadas); não admitem a figura do sócio que integraliza sua participação com serviços (CC, art. 997, V) e se submetem à proibição de formação de sociedade entre sócios casados em regime de comunhão universal e separação obrigatória (CC, art. 977).

No que diz respeito ao uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para a realização de fraudes, o CC, art. 50, autoriza o Poder Judiciário a ignorá-la e responsabilizar o sócio por obrigação que cabia à empresa. (COELHO, 2007, p.126).

2.4.3 Aspectos destacados sob o prisma falimentar

O princípio da preservação da empresa, cujo valor básico prestigiado é o da conservação da atividade e não do empresário, faz com que a atividade empresária receba um tratamento diferenciado quando está em dificuldades financeiras.

A crise fatal de uma empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo nacional. Por isso, muitas vezes o direito se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais de recuperação de empresas. (LOBO, 1996 apud COELHO, 2005, p. 25)

Com esta filosofia, o legislador brasileiro modernizou o estatuto falimentar promulgando em 2005 a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/05), cuja marca principal é a instituição da recuperação judicial, muito mais eficiente no seu propósito, que a antiga concordata, pois alcança somente os empresários cuja atividade econômica possa realmente ser reorganizada. (COELHO, 2005, p. 39).

Para os fins dessa monografia é importante destacar o âmbito de incidência da aludida lei, contido no art. 1º:

Art. 1º – Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor. (BRASIL, 2005).

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 14), são quatro as atividades econômicas não empresariais que não podem pleitear o benefício da recuperação judicial, nem falir: quem presta serviço diretamente mas não organiza empresa, os profissionais intelectuais, os empresários rurais não registrados na Junta Comercial e as cooperativas. Ou seja, todos que não são considerados empresários à luz do art. 966 do CC, inclusive as sociedades simples.

O art. 2º da Lei de Falências exclui também algumas modalidades de empresa, como as empresas públicas e de economia mista, além das instituições financeiras:

Art. 2º – Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

(BRASIL, 2005b).

Portanto, em regra, a caracterização da atividade como empresária é que permite o enquadramento no novo regime falimentar.

3 A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

3.1 OS CONCEITOS NÃO JURÍDICOS DE EMPRESA

A pesquisa no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Houaiss et al., 2007, p. 1.128), revela que a palavra empresa possui três significados distintos:

- a) empreendimento para a realização de um objetivo (exemplo: as navegações portuguesas constituem empresas notáveis);
- b) organização econômica, civil ou comercial, constituída para explorar determinado ramo de negócio e oferecer ao mercado bens ou serviços;
- c) entidade jurídica, firma.

Para os economistas americanos Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p. 181), uma empresa, que a tradução brasileira²⁹ denomina de firma de negócios, é “[...] uma organização especializada em produção, de propriedade de pessoas particulares e operada por elas mesmas”.

Curtis Eaton e Diane Eaton (1999, p. 180), em sintonia com o conceito amplo de produção, acrescentam a prestação de serviços entre as atividades desenvolvidas pelas empresas. Segundo eles a empresa é “uma entidade que compra fatores de produção, ou insumos, e transforma-os em bens ou serviços, ou produtos para a venda”. (EATON e EATON, 1989, p. 180).

Enzo Rulanni (1983, p. 16), com enfoque sistêmico, considera a empresa muito mais do que o lugar no qual pessoas, organização e ambiente se confrontam e interagem em alguma solução que os satisfaça. Para ele a empresa é, no âmbito da economia, sujeito que exprime próprios interesses e os faz valer no ambiente externo. Trata-se de um sistema organizado que vive simbioticamente em um sistema maior - o sistema econômico-social, onde desenvolve uma função limitada e bem determinada³⁰.

²⁹ Tradução do inglês para o português de Luciana Michelino.

³⁰ “L’impresa, oltre Che essere il luogo in cui soggetti, organizzazione e ambiente si confrontano e si integrano in qualche soluzione mediana, é essa stessa nell’ambito dell’1a economia, soggetto Che esprime propri interessi [...]”

3.2 OS CONCEITOS JURÍDICOS DE EMPRESA

3.2.1 Conceito jurídico de fundamento econômico

Segundo Fran Martins (1986, p. 27) a definição de empresa oriunda da Teoria da Empresa falha por ter sentido econômico e não jurídico. Complementa afirmando que ainda não existe um conceito jurídico para esta entidade.

Opinião diversa é apresentada pelo italiano Gian Franco Campobasso (1997, p. 24). Para ele, é indubitável que o conceito de empresário expresso no Código Italiano³¹ reporta-se a um conceito econômico, e nem podia ser diferente, pois se trata da descrição de uma realidade econômica. Porém são distintas as tarefas do economista e do operador do direito. O primeiro analisa a função dos diversos atores da vida econômica no sistema de produção e distribuição da riqueza, enquanto o segundo está preocupado em fixar os requisitos mínimos necessários e suficientes que devem acontecer para que um dado sujeito seja exposto a uma dada disciplina: a disciplina dos empresários.

3.2.2 A natureza jurídica da empresa

A natureza jurídica da empresa é tema de profunda discussão doutrinária. Para alguns autores³² o empresário é sujeito de direitos e o estabelecimento objeto de direitos.

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 1) afirma que a empresa, por ser atividade, não possui natureza jurídica nem de sujeito de direito nem de coisa.

³¹ O conceito brasileiro, expresso no art. 966 do CC é tradução quase literal do conceito expresso no art. 2.082 do Código Civil Italiano de 1942, *in verbis*: “*È imprenditore chi esercita professionalmente um’attività econômica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”. (ITÁLIA, 1991).

³² Rubens Requião e Ricardo Negrão.

Segundo Marlon Tomazette (2002, p. 1):

A empresa não possui personalidade jurídica, e nem pode possuí-la e conseqüentemente não pode ser entendida como sujeito de direito, pois ela é a atividade econômica que se contrapõe ao titular dela, isto é, ao exercente daquela atividade.

Para o autor, a empresa deve ser enquadrada como um terceiro gênero, uma nova categoria jurídica, pois não se trata nem de sujeito nem de objeto de direito, enquadrando-se perfeitamente na noção de fato jurídico em sentido amplo.

Opinião diversa é a de Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p. 130):

A empresa vista como sujeito de direito é um fenômeno próprio das grandes empresas capitalistas, as quais têm patrimônio e vida independente da vontade dos seus sócios, os investidores de capitais. Nas pequenas e médias empresas, por outro lado, a figura do empresário ainda é fundamental, é por meio da ação pessoal deles que as pequenas e médias empresas se desenvolvem e expandem.

O autor defende a idéia que o legislador deveria dispor de regulamentos específicos para as grandes, as pequenas e as médias empresas, para que as diversas realidades sejam tratadas como sujeito ou objeto de direito, dependendo do caso.

3.2.3 A empresa e o estabelecimento

Segundo Plácido e Silva (1975, p. 592), a palavra empresa:

[...] deriva do latim *prehensus*, de *prehendere* (empreender, praticar), possui o sentido de empreendimento intentado para a realização de um objetivo. No sentido do Direito Civil e do Direito Comercial, significa empresa toda organização econômica, civil ou comercial, instituída para a exploração de um determinado ramo de negócio. E assim, estritamente, dá-se a denominação ao próprio estabelecimento.

Alerta o dicionarista que corriqueiramente empresa e estabelecimento³³ assumem o mesmo significado.

³³ Também conhecido como Fundo de Comércio ou Azienda.

Entretanto, há distinção semântica. Enquanto a empresa é a entidade abstrata, o estabelecimento é o local físico onde ela está instalada e demais bens materiais ou imateriais. (PLACIDO E SILVA, 1975, p. 624).

Rubens Requião (2000, p. 59) faz a mesma observação:

A figuração que o leigo faz de empresa é no sentido objetivo de sua materialização. Daí a confusão entre empresa e estabelecimento comercial, e, no mesmo sentido, entre empresa e sociedade de que é titular ou sócio proeminente, como a 'minha empresa'. E, no entanto, os conceitos são inconfundíveis.

O autor refere-se à compreensão de que a empresa, como entidade jurídica, é uma abstração³⁴.

Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 1) faz menção ao jurista italiano Alberto Asquini, um dos principais formuladores da Teoria da Empresa, para quem o estabelecimento é apenas uma das faces da empresa.

Segundo Asquini, a empresa é:

[...] o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado (ASQUINI, 1996 apud COELHO, 2003)

Assim, de acordo com Asquini, a empresa pode ser identificada por seu aspecto subjetivo, funcional, patrimonial (objetivo) e corporativo. No aspecto subjetivo a empresa é vista como o próprio empresário. No aspecto funcional, a empresa é vista como a própria atividade, ou seja, uma abstração.

Para Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 1), é este o conceito de empresa que a doutrina irá prestigiar. No aspecto patrimonial, empresa confunde-se com estabelecimento, que é o conjunto de bens que lhe dá materialidade. Por fim, no aspecto corporativo, empresa é uma instituição formada pelo empresário e seus empregados.

Maria Helena Diniz (2006, p. 754), utiliza-se dos aspectos funcional e patrimonial descritos por Asquini, para definir empresa.

³⁴ Apesar de ser uma abstração, Rubens Requião (2000, p. 60) defende a posição de que a atividade empresária, ainda que não seja um objeto, pode constituir-se em objeto de direito, posta sob tutela jurídica.

Segundo o conceito operacional da autora empresa é: “[...] a atividade organizada para produção e circulação de bens ou de serviços, desenvolvida por uma pessoa natural (empresário) ou jurídica (sociedade empresária), por meio de um estabelecimento”.

Ricardo Negrão (2003, p. 60) define estabelecimento como sendo: “[...] reunião de meios necessários para o exercício da atividade empresarial. Isto é, um conjunto de bens que sirva de base econômica para o desenvolvimento da empresa”.

O CC tratou de definir o estabelecimento no seu art. 1.142, *in verbis*:

Art. 1.142 - Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. (BRASIL, 2002).

Esta definição é derivada do Código Civil Italiano, que assim conceitua o estabelecimento ou azienda:

Art. 2.555 – *L’azienda è il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa*³⁵. (ITÁLIA, 1991).

Elucida o conceito João Paulo Oliveira (2007, p. 1):

O estabelecimento é o complexo de bens que o empresário organiza racionalmente para o desempenho da atividade empresarial. É uma universalidade de fato que alberga bens corpóreos e incorpóreos dedicados à empresa. [...] O estabelecimento não tem personalidade jurídica, não sendo sujeito de direitos, é ente despersonalizado (característica das universalidades de direito), integra o patrimônio do empresário e não se confunde com a empresa.

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 56) faz analogia com uma biblioteca, onde “[...] não há apenas livros agrupados ao acaso, mas um conjunto de livros sistematicamente reunidos, dispostos organizadamente, com vistas a um fim – possibilitar o acesso racional a determinado tipo de informação”. O mesmo autor afirma que esse conjunto de bens organizado racionalmente possui um valor acrescido, que outros autores denominam de aviamento.

³⁵ O estabelecimento é o complexo de bens organizados pelo empreendedor para o exercício da empresa. (tradução nossa).

Este conceito é juridicamente relevante para efeito de justa indenização ao empresário no caso de dano causado por outrem ou desapropriação do seu estabelecimento.

Também será importante nos casos de sucessão por morte, na separação do empresário individual e na dissolução da sociedade.

Os bens incorpóreos compreendem as marcas, as patentes e o ponto comercial. São protegidos pelo Direito Industrial (Lei n. 9.279/96) as marcas e patentes e pela Lei das Locações (Lei n. 8.245/91), o ponto comercial .

Enfim, como afirma Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 58):

O Direito Comercial, enquanto conjunto de conhecimentos jurídicos, tradicionalmente se preocupou com a abordagem apenas da tutela dos bens incorpóreos do estabelecimento empresarial, uma vez que do regime dos corpóreos costumam cuidar outros ramos do saber jurídico (Direito das Coisas e Direito Penal).

De acordo com Rubens Requião (2000, p. 56-59), “conceituada ou não cientificamente a empresa, o direito positivo tem formulado critérios e noções para deles se valer em seus propósitos”. O autor comenta que a palavra empresa já aparecia na legislação brasileira em 1850³⁶.

Mais recentemente, em 1962, a Lei Antitruste (Lei n. 4.137/62), no seu art. 6º, conceituou empresa como sendo “toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”. (BRASIL, 1962).

3.2.4 A empresa e a Teoria dos Sistemas

O Código Civil, como já comentado, não conceitua a empresa. O art. 966 conceitua o empresário, que é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

³⁶ O Regulamento n.737, art. 1º , menciona a palavra empresa ao enumerar os atos de comércio.

Assim a empresa se concretiza na atividade do empresário, e, como afirma Rubens Requião (2000, p. 59): “Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa”.

Maria Helena Diniz (2006, p. 755) aduz que:

Toda atividade empresarial pressupõe o empresário como sujeito de direitos e obrigações e titular da empresa, detentor do poder de iniciativa e de decisão, pois cabe-lhe determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade, assumindo todos os riscos, ou seja, as vantagens e o prejuízo.

O conceito de Diniz admite a essencialidade do empresário na existência da empresa. Esta concepção é contestada por Gastone Cottino (2000, p. 160), objeto de comentário em tópico posterior específico (A essencialidade da força laborativa do empresário).

Conforme entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 3) “o empresário é o indivíduo vocacionado à tarefa de combinar e articular os fatores de produção”, que segundo o autor são quatro: capital, mão de obra, insumo e tecnologia. É ele quem, movido pelo lucro, vai estruturar as empresas, tratadas por Coelho como “organizações econômicas especializadas na produção de bens e serviços”.

Porém, contradizendo-se em relação à idéia aposta anteriormente de conceber-se o empresário como indivíduo, Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 20) admite que, tratando-se de sociedade, a pessoa jurídica que a personifica é que é empresária e não as pessoas físicas de seus sócios. Estes podem ser empreendedores ou investidores. “Os empreendedores, além do capital, costumam dedicar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou a controlam. Os investidores limitam-se a aportar capital”. O autor distingue os conceitos de empreendedor e empresário.

Na mesma esteira, Alberto Trabucchi (1964, p. 311)³⁷ sustenta que, em relação ao ordenamento jurídico italiano, a possibilidade de tornar-se empresário³⁸ não se limita às pessoas físicas. Também as pessoas jurídicas podem sê-lo, como realmente sucede com as sociedades.

³⁷ “*La possibilità di diventare imprenditori è concessa a tutti: a persone fisiche e a persone giuridiche*”. (TRABUCCHI, 1964, p. 318).

³⁸ Neste caso, tradução direta de *imprenditore*, pois a doutrina italiana parece não distinguir os significados das palavras *impresario* e *imprenditore*, como faz Fábio Ulhoa Coelho em relação a empresário e empreendedor.

Ambos tocam em um ponto sensível do conceito expresso no art. 966 do CC, pois nada impede que a tarefa de organizar os fatores de produção seja realizada por intermédio de executivos ou consultores.

Nesta hipótese, o capitalista que contratou os executivos (ou consultores) deve ser considerado investidor. A figura do empresário que organiza os fatores de produção está sendo exercida pela própria organização, através dos seus executivos. Estes são meros subordinados da estrutura (representada normalmente por um conselho de administração) e não podem ser considerados empresários.

Percebe-se, portanto, que a organização pode ser compreendida sem a figura do empresário que organiza os fatores de produção diretamente (essa tarefa foi delegada pelo investidor aos executivos/consultores).

Até porque, uma vez organizados, tais fatores de produção comportam-se como um sistema autônomo (organismo), adquirindo vida própria independente da existência de qualquer empresário pessoa física e com uma função social³⁹. O sistema em si cumpre o exercício do empresário. Esta forma de conceber a empresa deriva da Teoria dos Sistemas⁴⁰.

Segundo essa teoria a empresa é vista como um sistema organizador e transformador de *inputs* trazidos do ambiente em *outputs* para o mesmo ambiente. (AIROLDI et al., 1989, p. 73).

De acordo com o princípio da homeostase⁴¹, as organizações, como todo sistema aberto, procuram manter uma certa constância no intercâmbio de energia importada e exportada do ambiente, assegurando o seu caráter organizacional e evitando o processo entrópico (desintegração).

³⁹ A função social da empresa é tão importante que foi objeto do seguinte enunciado emitido pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal (CEJ): Enunciado 53 do CEJ – “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”. (NEGRÃO, 2007, p. 268).

⁴⁰ A Teoria Geral dos Sistemas (TGS) surgiu com os trabalhos do biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy, publicados entre 1950 e 1968. Segundo a TGS os sistemas vivos, sejam indivíduos ou organizações, são analisados como “sistemas abertos”, mantendo um contínuo intercâmbio de matéria/energia/informação com o ambiente. (CHIAVENATTO, 1993, p. 749).

⁴¹ Conceito extraído da Teoria dos Sistemas que significa a propriedade de um sistema aberto de regular o seu ambiente interno de modo a manter uma condição estável, mediante múltiplos ajustes de equilíbrio dinâmico controlados por mecanismos de regulação inter-relacionados. (CHIAVENATTO, 1993, p. 765)

Leciona Idalberto Chiavenatto (1993, p. 775) que:

Enquanto em teoria de sistemas fala-se em homeostasia dinâmica (ou manutenção de equilíbrio por ajustamento constante e antecipação), usa-se o termo dinâmica de sistema em organizações sociais: o sistema principal e os subsistemas que o compõe são caracterizados por sua própria dinâmica ou complexo de forças motivadoras, que impelem uma determinada estrutura para que ela se torne cada vez mais aquilo que basicamente é. Para sobreviver (e evitar entropia), a organização social deve assegurar-se de um suprimento contínuo de materiais e pessoas (entropia negativa).

A empresa por este enfoque é, a semelhança de um ser vivo, um sistema que quanto mais se torna complexo mais autonomia ganha em relação à sua própria auto-organização. Dentro desta concepção, a personalidade jurídica da empresa representa algo mais que a união de pessoas físicas em sociedade, representa o próprio sistema. Com efeito, essa forma de ver a empresa, como sujeito de direito, é sustentada por Jorge Rubem Folena de Oliveira (1999, p. 130), que afirma:

Com o surgimento das macroempresas, os empresários saíram do centro de decisão daquelas organizações, passando as empresas a terem vida própria, independentemente da decisão dos seus donos, que são vistos e tidos como meros investidores de capitais. Porém essa consequência fática ainda é pouco percebida nas legislações vigentes, as quais tratam a empresa, não como um ente titular de direitos e obrigações, mas como mero objeto de direito, isto é, como um elemento de propriedade do empresário.

Por este ponto de vista, a pessoa jurídica deveria representar a empresa e não apenas a sociedade.

3.2.5 O empresário à luz do art. 966 do CC

Para compreender o *mens legis* é importante trazer a definição apresentada pelo relator do projeto de lei que resultou no novo Código Civil, Ricardo Fiúza⁴² (2006, p. 786):

⁴² Ricardo Fiúza, Deputado Federal, falecido em 2005.

“O empresário é considerado como a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante”.

Logo, no entendimento de Ricardo Fiúza o empresário é uma pessoa, que como visto, pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica.

É necessário ressaltar que a redação do art. 966 não menciona a palavra pessoa, admitindo como empresária também as sociedades não personificadas, como as sociedades de fato. Ou seja, a despeito do comentário de Ricardo Fiuza, a personificação, que se materializa somente pela inscrição na Junta Comercial, não é condição para ser empresário.

Feitas essas considerações a respeito do conceito de empresário expresso no art. 966, extraem-se alguns outros conceitos que são chave para a compreensão do tema e o correto enquadramento jurídico de uma atividade como empresária. São eles:

- a) profissionalismo;
- b) atividade econômica;
- c) atividade organizada;
- d) produção e circulação de bens e serviços.

3.2.5.1 Profissionalismo

A atividade econômica deve ser exercida com habitualidade (sistematicamente) e não ocasionalmente.

De acordo com Antonino Romeo (1985, p. 18) habitualidade não significa continuidade, logo, pode ser sazonal, como por exemplo, a gestão de um estabelecimento balneário.

Compartilha desta idéia Campobasso (1997, p. 33) ao afirmar que para ser profissional basta que a atividade repita-se constantemente de acordo com a sua própria cadência⁴³.

Dílson Lange (2005, p. 90) diverge deste entendimento. Para ele o trabalho sazonal não caracteriza a habitualidade. Cita como exemplo um veranista, que todo ano compra nas indústrias instaladas nas praias de Santa Catarina e revende aos amigos, como forma de ajudar nas despesas de suas férias. Este cidadão, para Lange, não pode ser considerado empresário, pois lhe falta a habitualidade.

Uma outra característica importante do profissionalismo, segundo Antonino Romeo (1985, p.18), é que a atividade econômica deve satisfazer a outras pessoas, ou seja, as empresas produzem para o mercado. O autor também coloca que o profissionalismo pressupõe a assunção do risco por parte do empreendedor. Este age em nome próprio. Para o autor italiano não são empreendedores aqueles que agem em nome de outrem, como os representantes comerciais⁴⁴.

Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 11) explica melhor o conceito da personalidade:

O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. O requisito da personalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador. (grifo nosso).

Contudo, para Coelho, estes dois pontos, apesar de bem destacados pela doutrina não são os mais importantes. Para ele, o aspecto mais importante do profissionalismo é o monopólio das informações que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa.

⁴³ “La professionalità non implica però Che l’attività imprenditoriale debba essere necessariamente svolta in modo continuato e senza interruzioni. Per le attività cicliche o stagionali (alberghi in località di villeggiatura, stabilimenti balneari, rifugi alpini) è sufficiente il costante ripetersi di atti di impresa secondo le cadenze proprie di quel dato tipo di attività”. (CAMPOBASSO, 1997, p. 33).

⁴⁴ “Altra caratteristica della professionalità è l’assunzione Del rischio da parte dell’imprenditore. Questi agisce in nome proprio e per proprio conto assumendosi i rischi inerenti all’gestione dell’impresa” (ROMEO, 1985, p. 18).

Por que é um profissional, o empresário tem o dever de conhecer todas as facetas, características, qualidades e defeitos dos produtos ou serviços que apresenta para o mercado.

Gian Franco Campobasso (1997, p. 35) complementa os conceitos em comento afirmando que também a execução de uma única empreitada, como por exemplo, a construção de um edifício, deve ser considerada como profissional. Pela sua relevância econômica, implica a execução de operações múltiplas e complexas e da utilização de um aparato produtivo adequado a excluir o caráter ocasional e não coordenado deste tipo de ato econômico isolado.

3.2.5.2 Atividade econômica

Atividade econômica, na acepção da palavra, significa atividade produtiva (bens ou serviços). O trabalho remunerado, portanto, não deixa de ser uma atividade econômica, cujo resultado pode ser o salário, para o trabalhador empregado, ou os honorários (pró labore), quando se tratar de profissionais liberais⁴⁵. Tratando-se de empresas, o resultado da atividade econômica aparece na forma de lucro.

Para Hal Varian (1999, p. 345) os lucros são definidos, na economia, como receitas menos custos. O objetivo é maximizar o valor presente do fluxo de lucros que a empresa deve gerar, pois assim estará aumentando o seu valor de mercado. A avaliação da empresa através do método do valor presente (fluxo de receitas menos despesas descontadas a uma certa taxa de oportunidade) possibilita a inclusão do fundo de comércio no resultado final da avaliação, o que não é possível quando se avalia apenas os bens materiais da empresa por qualquer outro método (custo de reprodução, comparativo, etc).

⁴⁵ Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a palavra honorários significa: “remuneração àqueles que exercem uma profissão liberal: advogado, médico, etc”. (FERREIRA, 1986, p. 905).

Ensinam Joseilton Rocha e Paulo Selig (2001, p. 2) que o lucro pode ser entendido, também, como a remuneração do capital investido⁴⁶.

Na organização empresarial é necessário que apareça sempre alguma vantagem em forma de lucro. Pois, caso contrário, a empresa será abandonada pelo capitalista, via de regra muito exigente.

O fim lucrativo pode ser um caráter normal da atividade econômica empreendedora, porém não pode ser considerado condição para a existência da empresa. De fato, também as sociedades simples (não empresárias) podem ter o lucro como escopo.

O art. 997 do CC⁴⁷ que trata da constituição de tais sociedades exige, em seu inciso VII, que seja mencionada no contrato social a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas.

É plausível que exista sociedade simples, formada por dois sócios, na qual um é sócio capitalista que fornece os instrumentos de trabalho e a sede física da sociedade e o outro, profissional liberal que presta seus serviços. Ambos dividem o lucro resultado da atividade econômica social.

Logo, a finalidade de lucro não pode ser considerada característica exclusiva das atividades empresárias.

⁴⁶ “ROI – *Return on Investment* - Retorno Sobre o Investimento: Desenvolvido nas primeiras décadas do século XX pela empresa DuPont para mensurar o lucro e guiar suas decisões de investimentos, o ROI é obtido como uma porcentagem decorrente da razão do lucro líquido pelo capital investido. O ROI tem como propósito incorporar a base de investimento, uma medida de desempenho e para tanto, utiliza-se de três componentes da rentabilidade: Receita, Custo e Investimento. (ROCHA; SELIG, 2001, p. 2).

⁴⁷ Art. 997 - A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato. (BRASIL, 2002).

Analisando a questão por outro ângulo, Dílson Lange (2005, p. 24) assevera que: “A busca pelo lucro é uma das qualidades inerentes à atividade empresarial e conseqüentemente sujeita-se a uma serie de tributos federais, estaduais e municipais”. Já na sociedade simples, segundo o mesmo autor: “o lucro não é fator indispensável”. Ou seja, para ele, o lucro é fator indispensável à atividade empresária.

Há entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que o fim lucrativo caracteriza a atividade empresária, como é possível depreender do seguinte julgado transcrito:

O novo 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 interprete 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". (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Antonino Romeo (1985, p. 18), divergindo desta opinião, pondera que também são considerados empreendedores aqueles que não perseguem o lucro como finalidade, como as empresas públicas, as sociedades cooperativas e os fundos de pensão.

3.2.5.3 Atividade organizada

Conforme Antonino Romeo (1985, p. 19) a atividade econômica deve ser organizada com os meios necessários para a produção e troca (azienda ou fundo de comércio) e com a assunção de colaboradores autônomos e subordinados.

Em outras palavras, a organização a que se refere o conceito é a articulação dos quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Sendo assim, não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem algum desses fatores.

Para melhor compreensão, exemplifica Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 14):

O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio (pessoalidade), mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza a mão de obra. (grifo nosso).

Ressalta-se que o autor enfatiza a necessidade de contratar mão de obra de outrem. Infere-se que deve haver a exploração do trabalho alheio, ou da mais valia, usando conceito marxista, para a caracterização da atividade empresária.

A existência de trabalho subordinado, faz parte do conceito de empresa segundo a Teoria Institucionalista, como explica Gastone Cottino (2000, p. 162, tradução nossa): “A empresa é a atividade econômica do empreendedor, exercitada com o emprego racional dos meios de produção e a organização do trabalho subordinado”.⁴⁸

Não partilha desta opinião Gian Franco Campobasso (1997, p. 28). Segundo o autor italiano é pacífico que não é necessário que a função organizativa do empresário tenha por objeto também a prestação de trabalho autônomo ou subordinado.

É empresário também aquele que opera utilizando apenas o fator capital e o próprio trabalho, sem dar vida a nenhuma organização intermediadora de trabalho. Ilustra sua convicção com o exemplo de um empresário dono de uma lavanderia automática (*self service*), que possui uma empresa sem empregados.

Um conceito operacional bastante completo de atividade é encontrado em Giuseppe Airoidi et al. (1989, p. 274). Segundo os autores, a atividade no âmbito empresarial compreende todas as decisões, ações e interações que acontecem no nível diretivo e executivo, sejam eles diretamente endereçados à produção dos resultados ou à consolidação/mudança da estrutura. A atividade organizativa subdivide-se em direção estratégica e direção operativa.

⁴⁸ *L'impresa è l'attività economica dell'imprenditore, attuata mediante l'impiego razionale dei mezzi d, alla produzione e l'organizzazione del lavoro subordinato.* (COTTINO, 2000, p. 162).

Enquanto a direção estratégica define os objetivos da atividade empresarial, sua arquitetura organizativa e seu desenho estrutural a direção organizativa trata de por em funcionamento essa estrutura organizada⁴⁹.

Idalberto Chiavenatto (1993, p. 779) assim descreve o funcionamento das atividades organizadas dentro da empresa:

As empresas desenvolvem muitas tarefas com caráter simultâneo. As empresas industriais e comerciais adquirem matérias-primas, fabricam e distribuem produtos, proporcionam emprego, preocupam-se com os seus empregados, desenvolvem trabalhos de pesquisa e de desenvolvimento, registros contábeis, obtêm benefícios e pagam impostos e dividendos. O número e a distribuição das *tarefas* variam enormemente conforme a empresa, porém, a cada todo ou parte empresarial, em um dado momento, corresponde uma *tarefa primária*, a qual a empresa deve levar a cabo para sobreviver. A *tarefa primária* da direção é a de dirigir adequadamente as relações existentes entre uma empresa e o seu *ambiente*, de forma que permita um desenvolvimento ótimo da *tarefa*. Para uma empresa, o ambiente compõe-se de circunstâncias políticas, sociais e econômicas. A organização é um meio para se alcançar um fim, e este fim é o desenvolvimento da tarefa primária da empresa.

Todavia, não há na doutrina pesquisada um critério cristalino e objetivo, que à luz do art. 966 do CC, caracterize as condições para que uma atividade econômica possa ser considerada organizada.

O mesmo problema é identificado por Gecivaldo Ferreira (2005, p. 1):

O art. 966 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. Tanto isso é verdade que as Juntas Comerciais continuam mantendo indivíduos registrados como empresários que em nada se adequam (sic) à definição legal. Por exemplo: sem muita dificuldade encontraremos pessoas que exercem o comércio sozinhas ou unicamente com a ajuda de familiares, e sem qualquer organização, registradas como empresários individuais.

Procede a preocupação do autor, pois, partindo da premissa que o Estado protege a empresa, não é justo nem razoável, pelo custo social envolvido, que essa proteção seja estendida a quem não se configure como empresa.

⁴⁹ “Si può anche asserire che la direzione strategica definisce la formula o impostazione imprenditoriale dell’impresa nei suoi contenuti gestionali e organizzativi, mentre la direzione e l’attività operative ne consentono il funzionamento o sfruttamento e, quindi, in un certo senso, la piena realizzazione”. (AIROLDI et al., 1989, p. 274)

3.2.5.4 Produção e circulação de bens e serviços

Produção, no entendimento de Robert Hall e Marc Lieberman (2003, p. 181), “é o processo de combinar insumos para fazer produtos”.

Os insumos compreendem a terra, o capital, o trabalho e a tecnologia, que é a maneira pela qual esses elementos podem ser combinados para produzir produtos.

Entretanto, como bem ressalta Henri Guitton (1961, p. 213), o conceito de produção é muito mais amplo do que simplesmente combinar insumos. Usando exemplo do próprio autor, ninguém refuta a idéia de que a manufatura de um relógio é uma produção.

Porém, não é tão claro para a maioria das pessoas que o transporte e o comércio desse relógio possam também ser considerados como atividades produtivas. E o são, pois de nada adianta criar o relógio se ele não chega até quem lhe atribuir utilidade (consumidor). Logo, transportar e comerciar também são atividades produtivas.

Para que este conceito fique ainda mais evidente, considere-se outro exemplo. Um mineiro que extrai uma pepita de ouro está produzindo um bem. Ele não criou nada, apenas extraiu da terra algo que estava escondido e lhe deu utilidade. Mas não se pode refutar a idéia de que ele produziu. Pois assim procede o comerciante, quando extrai da indústria o relógio e o coloca a disposição do consumidor final.

Nesta esteira, Henri Guitton, (1961, p. 214) afirma: “Há produção quando há criação de utilidades inerentes, incorporadas aos objetos materiais, Isto é, quando o mundo ou a comunidade vê aumentar seus produtos materiais”.

Esta discussão é relevante porque, de acordo com o conceito anteriormente apostado, as atividades liberais autônomas também devem ser consideradas produtivas, a despeito de não serem empresárias, já que os serviços prestados por estes profissionais são importantes para que os bens materiais sejam produzidos (saúde dos trabalhadores, projeto das fábricas, aplicação de leis, etc).

Enfatiza Henri Guitton, (1961, p. 215):

Todos aqueles que contribuem para a prosperidade das empresas são produtores. Não acrescentam diretamente utilidade nova a um objeto material, mas seus trabalhos são indiretamente produtivos, porque sem eles a produção da riqueza material seria comprometida ou diminuída.

Com a correta compreensão do que seja uma atividade produtiva, é importante retornar a discussão dos critérios que caracterizam uma atividade como empresária.

3.2.6 A essencialidade da força laborativa do empresário

Maria Helena Diniz (2006, p. 755) considera que a figura física do empresário, como organizador dos fatores de produção, é essencial à continuidade da existência da empresa. Todavia, uma vez organizada a empresa, nada impede que o empreendedor delegue a sua gerencia a outros indivíduos com aptidão administrativa. Nesta hipótese, a empresa continuará existindo como entidade autônoma e independente. Esse é o destino inevitável das grandes corporações. Nessas empresas, muitas delas transnacionais, os empreendedores originais já morreram faz tempo.

Tal assertiva coaduna-se com a moderna Teoria dos Sistemas, já comentada anteriormente. A empresa, como sistema autônomo, tem que funcionar sem o caráter personalíssimo que é próprio da atividade autônoma. A atividade empresária, levada a cabo pela capacidade sistêmica de auto governar-se, subsiste sem o empresário pessoa natural (homeostase).

Destaca Andrea Guaccero (1999, p. 12, tradução nossa) que conceito semelhante é admitido por parte minoritária da doutrina italiana⁵⁰:

⁵⁰ “Per aversi impresa, quindi, è necessaria la creazione di un organismo economico, come entità obbiettiva, che in qualche modo si autonomizza rispetto al suo creatore (l'imprenditore). Quella elementare organizzazione dei fattori produttivi, centrata essenzialmente sul lavoro del soggetto agente, è invece propria della piccola impresa, che però è fuori della nozione di impresa.” (GUACCERO, 1999, p. 12).

Para existir uma empresa é necessária a criação de um organismo econômico, como entidade objetiva, que em qualquer modo se autonomiza com respeito ao seu criador (o empreendedor). Aquela organização elementar dos fatores produtivos, centrada essencialmente no trabalho do sujeito agente é própria da pequena empresa, que porém é fora da noção de empresa.

Gastone Cottino (2000, p. 161) traz luz a esta discussão e afirma que a empresa pode sobreviver à pessoa física do empreendedor (participação pessoal na gestão da empresa), como de fato ocorre amiúde. Os exemplos das fábricas abandonadas auto geridas pelos empregados demonstram que a presença do empresário não é decisiva nas realizações do processo produtivo⁵¹.

A respeito do tema, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) possui julgado recente, onde o desembargador relator, ao decidir sobre o caráter empresarial de clínica médica para efeito de cobrança de ISS, excertou parte da sentença *a quo*, na qual o critério da essencialidade é discutido. *In verbis*:

[...] Claro que uma sociedade formada de profissionais liberais pode ser vista como uma sociedade empresária. Isso ocorrerá quando a atividade de origem dos seus sócios passe a ser somente um "elemento da empresa", como adverte o art. 966, p. único. Seria, por exemplo, a hipótese de um hospital mantido por pessoa jurídica constituída por dois médicos. Ali o labor intelectual de cada um dos especialistas ficaria esmaecido. A massificação dos atendimentos, a necessidade de contratação de outros profissionais da saúde e assim por diante levariam a sobrelevar a intenção meramente empresarial. Nesse caso, a sociedade mantenedora do hospital poderia ser indiferentemente mantida por médicos ou por quaisquer pessoas. Diferente a situação quando os mesmos dois médicos formam uma sociedade, mas continuam se dedicando à mesma atividade de origem. Então, permanecem atendendo diretamente os pacientes; o serviço prestado não é anônimo, mas pessoal dos médicos; o concurso de auxiliares (enfermeiros, secretários, atendentes) é exclusivamente coadjuvante. O caráter liberal da profissão permanece. A intenção, ao ser formada a sociedade simples, é tão-somente no sentido de conjugar esforços para a melhor qualificação dos serviços. (SANTA CATARINA, 2006, grifo nosso).

Percebe-se, nos trechos grifados da jurisprudência colacionada, que o juiz *a quo*, utiliza o critério da não essencialidade do empresário para caracterizar a atividade empresarial. Explica que o hospital do exemplo, por ser empresa, poderia ser mantido pelos médicos sócios ou por quaisquer pessoas.

⁵¹ "L'impresa può infatti sopravvivere allà persona fisica dell'imprenditore, spesso anzi prescinde come si è visto dalla sua partecipazione personale allà gestione. Gli esempi di fabbriche abbandonate dalla proprietà ed autogestite dai lavoratori dimostrano quanto possa essere non decisiva la presenza della prima nella realizzazione del processo produttivo". (COTTINO, 2000, p. 161).

4 CONCLUSÃO

O surgimento e desenvolvimento das empresas acompanharam par e passo a prodigiosa história da humanidade e sua ânsia por riquezas. Da oficina onde o artesão produzia na idade média às grandes corporações transnacionais contemporâneas, muita ciência foi agregada à produção de bens e serviços. O direito, como elemento de pacificação social também acompanhou esta evolução.

Nos anos que se seguiram à queda do Império Romano, os agentes econômicos organizaram-se para criar as próprias leis no âmbito das próprias corporações. Em um segundo momento, o expansionismo mercantilista fruto na Revolução Comercial e a necessidade estratégica de controle do processo de colonização levaram o Estado, agora forte e absolutista, a assumir o controle legislativo sobre as atividades de produção e circulação de riquezas. Nascem assim, os primeiros Códigos Comerciais, por tradição de autonomia, destacados do Direito Civil.

O advento das empresas industriais, organizações mais elaboradas que a empresa comercial medieval, o aprimoramento das empresas prestadoras de serviços e o conseqüente aumento da complexidade do papel dessas instituições dentro da sociedade forçaram a concepção de um novo paradigma para o ordenamento jurídico mercantil: A Teoria da Empresa.

Com matriz na economia, a Teoria da Empresa objetiva explicar juridicamente o complexo fenômeno empresarial e abarcar os novos modelos que escapavam da antiga concepção comercialista. O Código Civil Italiano é o primeiro a ser reformulado inspirado nesta teoria. Sessenta anos depois, após longa maturação legislativa, entrou em vigor o novo Código Civil Brasileiro, também incorporando os conceitos elementares da Teoria da Empresa. Ambos os códigos admitem implicitamente a dificuldade de objetivar o conceito de empresa e preferem definir os elementos que caracterizam a atividade empresária

Para o CC, a atividade empresária é a organização dos fatores de produção realizada com profissionalismo, isto é, com habitualidade e pessoalidade. Quem realiza essa organização é o empresário.

O mesmo diploma reserva à atividade empresária uma série de direitos e obrigações com o intuito de preservar a segurança das relações econômicas em uma área tão sensível do ponto de vista social. Além das prerrogativas previstas no CC, que protegem o patrimônio empresarial, as empresas estão sujeitas a um regime de tributação diferenciado e são protegidas na sua perpetuação pela Lei de Falências. A contra partida é a publicidade legal dos seus atos e situação econômica, para dar segurança às operações de crédito.

Todavia, o conceito expresso no Código é carregado de subjetivismo. Apesar de representar avanço considerável do ponto de vista de ciência do direito, não cumpre com perfeição seu objetivo de definir quem é empresa e quem não é. Fornece pistas fundadas em uma realidade econômica. Esta insegurança conceitual resulta na distribuição injusta de direitos, mais que deveres, para quem não é de fato empresa.

Por sua vez, os doutrinadores do direito também não logram êxito em encontrar um conceito jurídico de empresa mais objetivo que aquele já codificado.

O enfoque sistêmico, que concebe a empresa como um organismo autônomo, possibilita um novo critério para a sua identificação: a essencialidade da atividade laborativa do empresário para a subsistência da empresa. Isto é, se a organização prescindir da pessoa natural dos empreendedores para sobreviver, pode ser considerada uma empresa. Se não prescindir, a atividade não é empresária, como é o caso de uma sociedade simples, por exemplo, entre um engenheiro e um arquiteto, onde somente a unidade sinérgica daquelas personagens específicas permite a existência da organização.

Outro exemplo ilustrativo é o de um tradutor que realiza seu trabalho contando apenas com uma secretária. Se ele deixar de existir, perece também a pseudo-empresa de traduções. Ou seja, sua essencialidade caracteriza a atividade não empresária.

Aspecto importante para a caracterização da atividade empresária é a presença ou não da exploração do trabalho alheio. A simples presença de colaboradores, como no exemplo acima, não faz com que uma atividade seja empresária. Entretanto, é difícil conceber-se a atividade empresária sem o envolvimento de trabalho alheio.

Para deixar claro o conceito, um derradeiro exemplo. Imagine-se um empresário individual (que por força do CC não é pessoa jurídica) que possua um estacionamento. É empresário, pois organizou os fatores de produção: terra, capital e, principalmente, trabalho de outrem. Se há um gerente nesta empresa, é fácil concluir que o negócio continuará existindo independentemente da presença do empresário. Logo, há uma empresa, organismo independente cujo objetivo intrínseco é sobreviver, como todo organismo. Neste caso, o empresário deixou de ser a pessoa física e passou a ser a força homeostática da organização.

O caráter de impessoalidade, ou não essencialidade da ingerência direta do empreendedor, também evidencia a existência de uma pessoa jurídica autônoma, com interesses próprios. E, admitindo-se esta concepção, é razoável aceitar que deveria também ser estendida aos empresários individuais a personificação do seu negócio. Esta abstração passa a fazer sentido ao considerar-se a importante função social da empresa e a necessidade da proteção estatal à sua continuidade. No ordenamento atual, a empresa individual fenece junto com o seu proprietário.

Em uma concepção sistêmica, a empresa, ainda que unipessoal, assemelha-se em tese, à figura da fundação, pessoa jurídica para o CC. Por analogia, os bens da fundação podem ser comparados ao estabelecimento empresarial, com a diferença que este último é exigível, a qualquer tempo, pelos proprietários, no limite da sua liquidez. Na fundação os bens estão organizados a serviço de uma causa. Na empresa, estão organizados à serviço de um objeto social, como defende a Teoria Institucionalística.

A importância destas reflexões reside na necessidade de prospecção de novos paradigmas que atendam as realidades fáticas que se apresentam com velocidade extraordinária no mundo econômico. O direito tem que acompanhar com a mesma agilidade a natureza mutante dos organismos e estruturas produtoras de riquezas e empregos, sob pena de constituir-se em óbice para o progresso da sociedade. O critério para identificação da atividade empresária, aventado nesta monografia, baseado na não essencialidade da presença física do empresário, ainda não preenche o ideal da parametrização objetiva, porém abre uma nova perspectiva para a observação do fenômeno empresarial, cujo aprofundamento pode ser objeto de futuros trabalhos científicos.

REFERÊNCIAS

AIROLDI, Giuseppe; BRUNETTI, Giorgio; CODA, Vittorio. **Lezione di economia aziendale**. Bologna: Il Mulino, 1989.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Parecer**. Exarado para o Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/pareceborba.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Ministério da Fazenda - Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa SRF nº 200, de 13 de setembro de 2002**. Disponível em:<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Ins/2002/in2002002.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Ministério da Previdência Social - Dataprev. **Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em:<<http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/PAGINAS/42/1962/4137.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Presidência da República. **Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília, DF: Senado, 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3000.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Presidência da República. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9249.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Presidência da República. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Presidência da República. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Presidência da República. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005.** Brasília, DF: Senado, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 23 out. 2007.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 623.367/RJ.** Recorrente: Município de Rio de Janeiro. Recorrido: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Relator Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 15 jun. 2004. DJU de 9 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400064003&pv=000000000000>>. Acesso em: 23 out. 2007.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CAMPOBASSO, Gian Franco. **Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa.** 3. ed. Torino: UTET, 1997.

CHIAVENATTO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração.** 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Parecer.** Exarado para o Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil. São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/parecerfabio.htm>>. Acesso em: 25 set. 2007.

_____. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas:** Lei n. 11.101, de 9/2/2005. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COTTINO, Gastone. **L'imprenditore**. 4. ed. Padova: Cedam, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

EATON, Curtis; EATON, Diane. **Microeconomia**. Tradução de Cecília Bartalotti. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Caracterização do empresário individual diante do Código Civil vigente . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 746, 20 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7026>>. Acesso em: 18 set. 2007.

FERREIRA, Felipe Alberto Verza. Função Social da Empresa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 731, 6 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6967>>. Acesso em: 17 set. 2007.

FIUZA, Ricardo (org.). **Novo Código Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FLORIANÓPOLIS/SC, Lei Complementar n. 07, de 18 de fevereiro de 1997. **Consolidação das leis tributárias do município de Florianópolis**. Florianópolis, SC: Câmara Municipal, 1997. Disponível em: <<http://www.cmf.sc.gov.br/textos.htm>>. Acesso em: 23 out. 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1995.

GUACCERO, A. Organizzazione. In: BAVETTA, C.; DI CECCO, G.; MANGANO, R.; MELINA, M.; PERRINO, M.; TERRANOVA, Giuseppe (org). **Diritto Commerciale I. L'impresa**. Casi e problemi presentati. Torino:Giappichelli, 1999.

GUITTON, Henri. **Economia política**. Tradução da edição original francesa de 1956 por Oscar Dias Corrêa. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

HALL, Robert; LIEBERMAN, Marc. **Microeconomia** – princípios e aplicações. Tradução de Luciana Michelinio. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de Empresa no Código Civil de 2002**: Teoria do Direito Comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

ITÁLIA, **Codice Civile, Costituzione e leggi speciali**. Milano: Giuffrè, 1991.

LANGE, Dílson França. **Uma visão sistêmica do Direito de Empresas no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2005.

_____. ISS: a tributação dos profissionais liberais na LC nº 116/03 . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 169, 22 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4653>>. Acesso em: 16 de março de 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEGRÃO, José Theotonio. **Código Civil e legislação em vigor**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

OLIVEIRA, João Paulo. **Empresa Individual e Personalidade Jurídica**: Algumas Reflexões. Site do Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/CEJ/Trabalhos/JoaoPauloOliveira.htm>>. Acesso em 13 de março de 2007.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. A empresa: uma realidade fática e jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, p.111-136, out./dez. 1999.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. 4. ed. Florianópolis: OAB Editora, 2000.

PIFFNER, John; SHERWOOD, Frank. **Organização administrativa**. Tradução de Jacy Monteiro do original norte-americano. São Paulo: Bestseller, 1965.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Joseilton e SELIG, Paulo Maurício. O uso de indicadores de desempenho como base para remuneração variável nas empresas e suas influências nos custos. In: Congresso Brasileiro de Custos. São Leopoldo, RS, 2001. **Anais**.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

ROMEO, Antonino. **Diritto Commerciale**. Bresso: Tramontana, 1985.

RULLANI, Enzo. Teoria ed evoluzione dell'impresa industriale. In: RISPOLI, Maurizio (org). **L'impresa industriale**. Bologna: Il Mulino, 1983.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2006.003326-5, da Capital**. Apelante: Ortoclini Ultrasom Ltda. Apelado: Município de Florianópolis. Relator: Des. Orli Rodrigues. Julgado em 28 mar. 2006. Disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/VerIntegraAvancada.do>>. Acesso em 07 out. 2007.

SEBRAE/SP. Serviço Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa de São Paulo. **O que é melhor, ser autônomo ou empresa?** Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/principal/abrindo%20seu%20neg%F3cio/orienta%E7%F5es/cria%E7%E3o%20de%20empresas/empreendedor/autonomoempr.aspx>>. Acesso em: 15 out. 2007.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1975.

SIQUEIRA, Graciano Pinheiro de. O direito de empresa e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3978>>. Acesso em: 3 mar. 2007.

_____. **O novo Código Civil, o registro civil de pessoas jurídicas e as normas de serviço da Corregedoria-geral da Justiça**. nov. 2004. Disponível em: http://www.notariado.org.br/art_inc.asp?art=artigos/gps01.htm. Acesso em: 9 out. 2007.

TOMAZETTE, Marlon. A Teoria da Empresa: o novo Direito Comercial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899>> . Acesso em: 9 out. 2007.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di Diritto Civile**. 14. ed., Padova: Cedam, 1964.

VARIAN, Hal. **Microeconomia** – princípios básicos. Tradução da 4. ed. americana por Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1999.