

A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO

JORGE LOBO*

§ 1º - A polêmica interminável

Condillac, refletindo sobre a arte de raciocinar, afirma, categórico, que o homem, ao invés de atentar para as coisas que pretende conhecer, as imagina e, de suposição falsa em suposição falsa, extravia-se do caminho certo, entre uma infinidade de erros, os quais, com o tempo, se transformam em preconceitos. Aliada ao preconceito, a paixão faz respeitar mais o erro do que a verdade.⁽¹⁾

No estudo do conceito jurídico de empresa, em que, muitas vezes, o preconceito e a paixão se sobrepõem à verdade, tem-se, amiúde, sensação igual à experimentada com a leitura do *Sofista* de PLATÃO, quando Teeteto leva o estrangeiro à conclusão de que “dois é um”⁽²⁾, crítica, aliás, que, de certa forma, sobre este intrincado e assaz polêmico tema, fazem BARASSI, CARNELUTTI, ROCCO, RONTODI, FERRARA e EVARISTO DE MORAES FILHO.⁽³⁾

A imprecisão do conceito jurídico de empresa, bem assinalou RIPERT⁽⁴⁾, decorre de uma série infundável de fatores, que vão desde a aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro.⁽⁵⁾

Por isso, qualquer estudo, por mais despretensioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência; pouco acrescentam, ao final.⁽⁶⁾

§ 2º - O conceito de empresa no século XVIII

Durante o século XVIII, não chegou a esboçar-se o conceito jurídico de empresa porque ainda predominavam o pequeno comércio e as indústrias de manufaturas de poucos empregados, permanecendo a agricultura como principal fonte de riqueza das nações.

A par disso, (a) o conflito entre produtores e industriais, (b) os monopólios estatais e (c) o controle estatal das indústrias prejudicaram sobremodo o comércio e as indústrias nascentes, e, em conseqüência, que se desse a devida atenção à empresa, de que são exemplos marcantes: a) *do conflito entre produtores e industriais*: o pedido dos produtores de lã da Prússia ao Rei Frederico Guilherme I para que fosse abolida a lei de 1700 que proibia a exportação de seu produto e a resposta vazada nestes termos: “Sua Majestade o Rei da Prússia... considera necessário manter a proibi-

ção de exportação de lã... pois a experiência mostra que outras potências, particularmente a Inglaterra, que também não permitem a exportação de lã, com isso estão agindo bem, e o país enriquece”⁽⁷⁾; b) *dos monopólios estatais*, na crítica de JOSEPH TUCKER, em 1749: “nossos monopólios, companhias públicas e companhias por ações são um prejuízo e destruição para o comércio livre... Toda a nação sofre em seu comércio, e fica privada do comércio com mais de três quartos do globo, para enriquecer alguns diretores ambiciosos. Eles se enriquecem dessa forma, ao passo que o público se torna mais pobre”⁽⁸⁾; c) *do controle estatal da indústria*, tão bem retratados nesta página de LEO HUBERMAN: “Era de esperar que a oposição à restrição e regulamentação mercantilista surgisse mais acentuadamente na França, pois foi nesse país que o controle estatal da indústria atingiu o máximo. A indústria estava ali cerceada por uma tal rede de “pode” e “não pode” e por um exército de inspetores abelhudos que impunham os regulamentos prejudiciais, que é difícil compreender como se conseguia fazer qualquer coisa. As regras e regulamentos das corporações já eram bastante prejudiciais. Continuaram em vigor, ou foram substituídos por outros regulamentos governamentais, ainda mais minuciosos, e que se destinavam a proteger e ajudar a indústria da França. De certa forma, ajudaram. Mas, ainda quando tinham utilidade, aborreciam aos industriais. Podia o fabricante de tecidos, por exemplo, fabricar o tipo de fazenda que lhe agradasse? Não. Os tecidos tinham de ser de uma qualidade determinada, e nada mais. Podia o fabricante de chapéus atrair a procura do consumidor, produzindo chapéus feitos de uma mistura de castor, pele e lã? Não. Só podia fazer chapéus todos de castor ou todos de lã, e nada mais. Podia o fabricante usar uma ferramenta nova e talvez melhor na produção de suas mercadorias? Não. As ferramentas tinham que ser de determinado tamanho e forma, e os inspetores apareciam sempre para verificar isso”.⁽⁹⁾

Esses freios à atividade produtiva livre levaram à luta pela abolição completa e definitiva da tutela do Estado e ao extremo oposto - nenhum controle - que culminou no lema, cunha por GOURNAY, *laissez - faire*.

§ 3º - O conceito de empresa no século XIX

No século XIX, a situação não se modificou muito, porquanto, apesar das inúmeras invenções da época, do liberalismo econômico e da divisão do trabalho, ainda poucas e isoladas eram as fábricas, voltadas quase exclusivamente para o setor têxtil e metalúrgico, não obstante já se registrasse uma novel indústria mineira, florescente desde meados do século XVIII, bastando, contudo, naquela época, para dirimir eventuais divergências entre patrões e empregados, o recurso aos artigos 1780 e 1781 do Código Napoleão, sem ser preciso formular nenhum conceito jurídico para compreensão do fenômeno que, ao longo do século XIX, se expandiu⁽¹⁰⁾ e atingiu seu apogeu no nosso século.

Por isso, SYLVIO MARCONDES adverte que, “no quadro de codificação operada no século passado, sob influência do sistema francês, os comercialistas não lograram fixar uma segura concepção unitária da empresa, em nítidos termos jurídicos”.⁽¹¹⁾

§ 4º - O conceito unitário de empresa

Debatendo-se por um conceito unitário (o econômico igual ao jurídico), pontificaram VIVANTE: “a empresa é um organismo econômico que põe em jogo os elementos necessários para obter um certo produto destinado à troca, com risco do empresário. O Direito Comercial torna seu este conceito econômico”⁽¹²⁾; BOLAFFIO: “para o jurista tem grande importância a noção (econômica) de empresa, uma vez que ela, considerada objetivamente, é tida pelo legislador como ato essencialmente comercial, quando tenha conteúdo indicado *demonstrations causa* nas categorias consagradas à empresa no artigo 3º”⁽¹³⁾; BROSETA PONT: “o conceito jurídico de empresa deve necessariamente coincidir com o conceito econômico, quer dizer, que a Economia e o Direito com o termo empresa devem referir-se ao mesmo fenômeno da realidade social... Parece, pois, lógico concluir que para o ordenamento positivo deve ser válido o conceito econômico de empresa... (o qual deve ser adotado, pois, como conceito jurídico de empresa)”⁽¹⁴⁾, dentre muitos outros.⁽¹⁵⁾

§ 5º - O Direito Comercial como sendo o Direito das Empresas

EVARISTO DE MORAES ensina que “coube a LORENZO MOSSA, verdadeiro romântico do conceito de empresa, campeão do seu conceito institucional na Itália, defender a tese de que o direito comercial é direito das empresas, esgotando-se sua tratção no regulá-las, atingindo por aí os atos de comércio. O direito comercial, para ele, é o direito da economia organizada, encontrando seu apogeu na expansão da grande empresa capitalista. A existência da empresa, como seu objeto, constitui o principal argumento a favor da sua própria autonomia, em confronto com o direito comum: “A empresa, no momento capitalista mais agudo, e agora na passagem para um sistema mais justo, assumiu o motivo próprio da atividade econômica. As pessoas perdem importância, diante das organizações de bens e de forças vivas por ela criadas. Duram no tempo, aperfeiçoam a iniciativa humana, a perpetuam e renovam no mudar contínuo das pessoas... A empresa, como organização e como unidade, é o núcleo não só da forma social mas também da atividade pessoal... A empresa é a pessoa econômica que o direito comercial regula na sua vida, as uniões de empresas assumem caracteres próprios, e não se assimilam às simples associações de pessoas.”⁽¹⁶⁾

Além de MOSSA, defendem a idéia de que o Direito Comercial é o Direito das Empresas, dentre outros, ASCARELLI, JOAQUIM GARRIGUEZ, J. ESCARRA, J.HAMEL E G. LAGARDE, D. BESSONE e EVARISTO DE MORAES.⁽¹⁷⁾

§ 6º - A opinião de ALFREDO ROCCO

Aproximando ambos os conceitos e censurando aqueles que sustentam que a noção econômica e jurídica são idênticas, ROCCO declara que é uma “questão de medida” saber decidir quando, concorrendo na produção o trabalho pessoal do empresário com o trabalho dos outros colaboradores remunerados, existe organização do trabalho alheio e, portanto, uma empresa no sentido do Código Comercial”⁽¹⁸⁾, estendendo-se, em nota de rodapé, ao longo de quatro páginas, para explicar que “o conceito de empresa, segundo a lei comercial”, parte da idéia de que ela é “um ato de interposição entre o trabalhador e o público”, valendo-se o empresário do trabalho de

outrem, o que, “não ocorrendo, isto é, se o empresário não vier a contar com a cooperação de terceiros trabalhadores”, ainda que haja “organização sistemática” dos meios de produção e de intermediação na troca, “não haverá ato de comércio”, nem, em consequência, empresa, juridicamente falando.

Após desenvolver sua famosa teoria de atos de comércio,⁽¹⁹⁾ ROCCO conclui: “Em resumo: o conceito de acto de comércio é, segundo o código, mais amplo do que o conceito econômico de comércio, muito embora este constitua o seu núcleo fundamental. Economicamente, o comércio é uma interposição nas trocas; e, juridicamente, o ato de comércio também um ato de interposição nas trocas. Simplesmente, este conceito de interposição é estendido pelo direito a outras formas de interposição e outras espécies de trocas, além daquelas que são estudadas e conhecidas pela ciência econômica.

Eu sou da opinião de que a diferença, - aliás puramente quantitativa, entre o conteúdo dos dois conceitos, econômico e jurídico -, do comércio depende só disto: o ter o direito sabido surpreender, muito antes da ciência econômica, a progressiva evolução daquele fenômeno social que se chama o comércio. A verdade é que, na realidade, ao lado do comércio tradicional dos produtos colhidos e manufaturados, outras formas e tipos de atividade comercial se vieram desenvolvendo e se foram pouco a pouco acrescentando, tais como, o comércio de títulos, o dos prédios rústicos e urbanos, o do crédito, o do trabalho e o do risco. E assim do mesmo modo, pode dizer-se que - ao lado da atividade comercial da natureza profissional, isto é, sistemática e especulativa, de uma classe restrita de pessoas, como é a dos comerciantes - uma outra atividade comercial, não profissional mas ocasional, se veio também desenvolvendo; atividades de uma multidão de pessoas que, sem fazerem do comércio uma ocupação sistemática, todavia procuram, sempre que podem, realizar uma especulação comercial. Mais: pode-se dizer ainda que se veio desenvolvendo uma atividade dos próprios interessados nas trocas, que concentraram em si mesmos mediante associações cooperativas, a função intermediária para eliminar ou fazer reverter em seu próprio proveito o lucro do intermediário. Assim como se veio desenvolvendo por último - devemos acrescentar - uma atividade do Estado e dos outros organismos públicos, que mercê da estadualização e municipalização crescente, foram pouco a pouco assumindo também, em proveito da coletividade, e muitas vezes de um modo excessivo, a função intermediária própria do comércio. Hoje - já o demonstramos acima largamente - o comércio penetrou profundamente em toda a vida social; o seu campo de ação, seja quanto às coisas, seja quanto às pessoas, ampliou-se desmedidamente e é a esta moderna e mais vasta compreensão do fenômeno econômico que corresponde o atual conceito de comércio no direito positivo”.⁽²⁰⁾

§ 7º - A opinião de ASQUINI

Profligando o esquema jurídico unitário proposto por VIVANTE, ASQUINI afirma ser a empresa um fenômeno poliédrico e que não se deve buscar fixar um conceito jurídico da empresa, mas sim examinar, separadamente, os quatro perfis em que ela se apresenta: a) o perfil subjetivo; b) o perfil funcional; c) o perfil patrimonial ou objetivo; d) o perfil corporativo, assim retratado por EVARISTO DE MORAES FILHO: “a) subjetivo, empresa = empresário; b) funcional ou dinâmico, empresa =

atividade do empresário (*imprenditizia*); c) patrimonial ou objetivo, empresa = patrimônio comercial e estabelecimento; d) corporativo, empresa = instituição".⁽²¹⁾

Quanto ao perfil subjetivo — *l'impresa come imprenditice* —, o Código Civil unificado italiano e leis extravagantes muitas vezes equiparam a empresa ao empresário, como, v.g., se verifica no artigo 2082.

Quanto ao perfil funcional — *l'impresa come attività imprenditrice* —, a empresa é uma organização produtiva cuja força motriz a conduz a um determinado escopo, desde o início perseguido pelo empresário, razão mesma da criação da empresa.

Quanto ao perfil patrimonial ou objetivo, — *l'impresa come patrimonio aziendale e come azienda* —, (sem se confundir a empresa com o estabelecimento, que são díspares, pois a empresa gera um complexo de relações jurídicas, enquanto o estabelecimento apenas consubstancia um complexo de bens), representado pela dicotomia do patrimônio do empresário, que põe, de um lado, separado, os bens que constituem o acervo social específico da empresa, e, de outro, o patrimônio remanescente do empresário.

Quanto ao perfil corporativo — *l'impresa come istituzione* —, decorre do ordenamento corporativo ao Código Civil italiano de 1942, em que a empresa é o resultado final de união entre empresários e seus colaboradores com vista a alcançar um objetivo comum com benefício para todas.⁽²²⁾

§ 8º - O conceito de empresa no Direito Comparado

Vistas, ainda que perfunctoriamente, as principais correntes de opinião sobre o conceito jurídico de empresa, passemos ao seu exame sob o prisma do direito positivo da Itália, França, Alemanha, Espanha, Argentina e Brasil.

§ 9º - No Direito Italiano

No Direito Italiano, o estudo do conceito jurídico de empresa pode ser desdobrado em duas fases: a primeira, sob a inspiração do Código de Comércio Italiano de 1882, que, calcado no Código Napoleão (art. 632), enumerou, no artigo 3º, os atos reputados comerciais; a segunda, sob a égide do moderno direito privado da Itália, sobretudo após a unificação de 1942.

Das profundas e calorosas divergências dos doutos quanto ao alcance das palavras empresa e atos de comércio, de que trata o artigo 3º do Código Italiano de 1882, já demos notícias alhures⁽²³⁾, cumprindo apenas ressaltar, neste passo, que, para MANCINI, a expressão *reputa atti di commercio*, "substituindo a outra, do Código vigente⁽²⁴⁾, *sono atti di commercio*, explica melhor que a enumeração do artigo 3º não é limitativa, mas simplesmente demonstrativa, e que não é vedado ao magistrado reconhecer em outros atos, não enunciados expressamente, a natureza comercial, para submetê-la às leis e usos do comércio"⁽²⁵⁾, bem como chamar atenção para a opinião de ROCCO, segundo o qual "o terceiro grupo de atos de comércio, constituído pelas várias espécies de empresas enumeradas no artigo 3º..., oferece lugar a muitas incertezas, a ponto de permitir duvidar, inclusivamente, se se trata, na verdade, de um grupo de bens homogêneos, ou se de um grupo que, sob o mesmo título, compreende relações econômicas de uma natureza muito diversa".⁽²⁶⁾

Procurando insurgir-se, de acordo com testemunho de seus principais autores, contra o modelo francês, de focalizar a matéria de comércio sob o aspecto objetivo, envolvendo, assim, ao sistema clássico originário da Idade Média, segundo a qual, para definir-se matéria de comércio, era indispensável partir-se do sujeito de direito, no caso a empresa comercial, o projeto preliminar, transformado em lei em 1942, tinha por escopo definir empresa comercial e, sobre essa definição, erigir um novo sistema, que incorporasse os fundamentos da economia corporativa, de caráter profissional e origem fascista, o que, dizem os doutos, não logrou obter, porquanto o Código de 1942 acabou não formulando um conceito de empresa, mas sim por ministrar a noção de empresário (art. 2082), o que suscitou intermináveis controvérsias.

Destarte, na Itália, em que pese o inaudito esforço, que vem desde o Código de Comércio de 1882, dos juristas italianos, de procurar fixar um conceito jurídico de empresa, não há uma definição legal de empresa, mas apenas de empresário, graçando na doutrina, por isso, a divergência quanto ao que se deve, verdadeiramente, entender por empresa.

§ 10 - No Direito Francês

Foi na França que surgiu, pela vez primeira, em texto de lei, a noção de empresa, quando o Código Comercial de 1807, no livro IV, título segundo, arts. 632 e 633, ao enumerar os atos de comércio, arrolou, de forma pormenorizada, “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos” (art. 632), bem como “todas as empresas de construção” (art. 633), sem, todavia, defini-las.

Os estudiosos do Direito Comercial em França, à frente Pardessus⁽²⁷⁾, partindo das expressões *entreprises de manufactures* e *entreprises de travaux*, concluíram que, ao lado das empresas voltadas para a realização de construções e obras (*entreprises de travaux*), havia as empresas dirigidas para a fabricação de produtos (*entreprises de manufactures*), que, à sua vez, se apresentavam, ora como o trabalho isolado de um indivíduo ou grupo familiar para atender a uma prévia encomenda, ora sob a forma de uma reunião de pessoas num certo lugar com vistas à transformação da matéria-prima por meio de máquinas e processos técnicos para vendas a terceiros.

Para essa corrente, a empresa era um ato, às vezes obra de uma só pessoa, outros de várias, mas sempre um ato gerador de um produto novo, concepção inaceitável para alguns juristas, como WAHE, LYON-CAEN e RENAUT⁽²⁸⁾, que sustentavam sobressair da enumeração do artigo 632 a idéia de contrato de locação de serviços, ou, ainda, a de uma organização criada para atender a determinadas atividades.

RIPERT, ao estudar as profissões comerciais, com o escopo de oferecer nova divisão por classes em função da natureza dos atos praticados diuturnamente no exercício da mercancia, diz que as empresas se apresentam, segundo o Código Comercial Francês, como: (a) de distribuição; (b) de produção; (c) de serviços; (d) auxiliares.⁽²⁹⁾

São empresas de distribuição as que se dedicam à compra para revenda, em que o comerciante compra as mercadorias dos produtores ou de outros comerciantes e as vende ao público ou a outros comerciantes, acentuando que essas empresas vêm,

com o tempo, diminuindo de importância em virtude de um movimento da concentração aliado a novas técnicas de distribuição.⁽³⁰⁾

São empresas de produção aquelas que se dedicam a comprar matérias-primas ou a extraí-las do solo, para, após transformá-las, serem vendidas como produtos acabados ou semi-acabados, para tanto valendo-se do trabalho de terceiros remunerados em geral a preço fixo.

São empresas de serviços aquelas que oferecem a seus clientes o uso temporário de determinados bens ou a execução de certos trabalhos, atualmente em número cada vez mais crescente, assim como crescente é a sua importância em virtude de acentuada divisão do trabalho em nossos dias e do custo altíssimo dos bens, que leva as pessoas a preferirem alugar a adquirir.

São empresas auxiliares as que se dedicam ao comércio de dinheiro e de crédito (os bancos, os agentes de câmbio, as seguradoras) e empresas intermediárias as que facilitam a outros comerciantes e aos particulares a realização de operações (agentes de negócios, agentes de comércio, comissários, corretores).⁽³¹⁾

Após essas considerações, e de haver esquadrinhado o conceito de ato de comércio, RIPERT conclui que a noção jurídica da empresa é imprecisa, vaga, pois em direito positivo às vezes se apresenta como objeto de direito, outras como sujeito de direito⁽³²⁾, motivo pelo qual talvez não a tenha definido.

Também na França, tal qual na Itália, não se chegou a um consenso, havendo os autores mais modernos engendrado a concepção de que empresa é uma instituição⁽³³⁾, o que levou BULGARELLI a enfatizar: "Anoto-se, pois, à guisa de conclusão, que a empresa está presente, mas, ressentido-se o direito positivo (francês) de um regime jurídico unitário, o que tem sido lamentado também perante a empresa comunitária. Ela aflora nas sociedades, no estabelecimento e na falência, através de interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas sem sequer uma referência legal expressa à própria palavra, que é usada em abundância no âmbito de direito econômico e pelos reformistas da empresa"⁽³⁴⁾, o que, por certo, fez CL. CHAMPAND afirmar: "é a empresa, unidade de decisão e célula de base do sistema econômico e social, servindo de quadro à nossa civilização industrial no seu estado atual, que se apresenta como objeto fundamental do nosso direito econômico"⁽³⁵⁾, tendo MICHAEL DESPAX falado que a empresa é um "sujeito de direito nascente".⁽³⁶⁾

§ 11 - No direito alemão

No direito alemão, ensinam EVARISTO DE MORAES FILHO⁽³⁷⁾ e WALDÍRIO BULGARELLI⁽³⁸⁾, são muitas — e às vezes contraditórias — as definições de empresa, do que nos dá conta M. BROSETA PONT nestes termos: "Na doutrina alemã não se aceita unanimemente que o Direito Mercantil seja o Direito de Empresa, pois não faltam autores que neguem essa identificação. Mas a aceitem ou não, a maioria dos autores coloca o problema prévio a resolver sobre o que é a empresa, que alguns situam no centro do sistema. Para isso, a doutrina alemã tropeça em grandes dificuldades, as quais parecem proceder de três ordens de causas: 1) do fato de que o seu Código Comercial não se serve da empresa para delimitar e definir o conteúdo e o conceito de Direito Mercantil, mesmo que esteja qualificado como sistema subjetivo;

2) do fato de que falta um conceito positivo unitário de empresa, que sendo unívoco permita à doutrina jurídica delimitar o seu conteúdo. Por isso, este tema se coloca de forma difusa e polêmica. E assim, identifica-se a empresa como um conjunto de bens organizados e se qualifica juridicamente de patrimônio separado (Gierke); se afirma que a empresa como empresário (empresa, em sentido subjetivo), ora como conjunto de bens de diversa natureza (empresa, no sentido objetivo), ou como comunidade de trabalho (empresa, no sentido trabalhista), afirmando-se que nos dois primeiros aspectos na terminologia alemã existem diversos vocábulos ou termos jurídicos e econômicos que se referem de forma total ou parcial à empresa (Unternehmung, Unternehmen, Betrieb, Gewerbebetrieb, Geschäft, Handelsgeschaft, etc.). Existe, com certeza, uma certa confusão conceitual em torno destes termos, que às vezes são utilizados de forma diferente, sendo por isso incerto o significado preciso de cada um deles". E acrescenta ainda: "Por tudo isto, o fenômeno econômico, que é a empresa, está presente nos distintos ramos do Direito (público ou privado) aos quais corresponde regular ou disciplinar os distintos interesses, deveres e sujeitos que sobre ela convergem. O que explica que o fenômeno econômico, que é a empresa, esteja presente no ordenamento positivo de uma forma especial. A especialidade consiste em que cada disciplina jurídica regula deste ente econômico unitário o perfil, a perspectiva, o elemento ou o interesse (público ou privado, trabalhista, mercantil, civil, fiscal, etc.) que segundo a sua natureza lhe corresponde tutelar. E assim se produz um resultado curioso. Cada disciplina regula do total do fenômeno econômico a parcela, o elemento ou o interesse que lhe corresponde, porém — e isto é certamente criticável — afirmando a doutrina para cada disciplina um conceito jurídico de empresa que se identifica com a parcela, o elemento ou o interesse que regula, e que é parcial a respeito do total conceito econômico de empresa. Ao operar assim se colocam tantos conceitos jurídicos de empresa quantas disciplinas jurídicas se ocupam de sua regulamentação. Mas os conceitos assim propostos são distintos entre si, e, ademais, cada um deles é parcial a respeito do total do conceito econômico de empresa. Depois desta curiosa operação de dissecação jurídica, nos deparamos com o fato de que a empresa é comunidade de trabalho para o Direito Trabalhista; é organização de elementos pessoais e reais de diversa natureza para o Direito Civil e o Mercantil e inclusive para este se chega a afirmar que a empresa é a atividade econômica de produção e distribuição de bens ou de serviços (identificando, pois, o instrumento com a atividade ou finalidade econômica); enquanto, finalmente, por exemplo, para o Direito Econômico a empresa é uma fonte de produção a serviço da economia nacional. Como vemos, a mesma coisa na realidade econômica se converte conceitualmente em várias coisas distintas para a doutrina."⁽³⁹⁾

§ 12 - No direito espanhol

Na Espanha, onde também não há uniformidade, pelo legislador, no uso da palavra empresa, os doutrinadores vacilam na formulação de seu conceito jurídico, alguns reconhecendo sua importância para o direito (GARRIGUEZ), sem, todavia, definir-lhe um perfil; outros, equiparando-o ao conceito econômico (M. BROSETA PONT); outros, ao estilo de ASQUINI, estudando-o sob as diversas formas de sua manifestação no mundo jurídico (RODRIGO URIA)⁽⁴⁰⁾, podendo concluir-se, com

BROSETA PONT, que: (a) a empresa, como fenômeno econômico-social, deve ter seus direitos e interesses tutelados pelo Direito; (b) a noção de empresa varia em função do ramo do direito (comercial, do trabalho, fiscal), que a emprega; (c) a atenção dos juízes espanhóis está mais voltada para a empresa como sujeito de relações jurídicas, não havendo, portanto, também no direito espanhol, falar em conceito jurídico da empresa.

Anote-se, por fim, que o Código de Comércio da Espanha de 1885, artigo 1º, trata apenas do comerciante e o artigo 2º, dos atos de comércio, em momento algum se cogitando da empresa. Leis posteriores referiram-se à empresa sem conceituá-la, sendo, hoje, disciplinadas pelo direito positivo as empresas de controle de difusão, empresas editoriais, empresas filiais bancárias, empresas gráficas, empresas importadoras de publicações estrangeiras, empresas nacionais, empresas de jornalismo, empresas pesqueiras conjuntas, empresas de propaganda aérea comercial, empresas publicitárias. ⁽⁴¹⁾

§ 13 - No direito argentino

Para os autores argentinos, em sua maioria, também não há um conceito unitário de empresa, sobretudo porque o Código de Comércio da Argentina, nos artigos 1º e 8º, disciplina o comerciante e os atos de comércio, apenas uma única vez se referindo à empresa, quando, no artigo 8º, ao enumerar os atos de comércio, alinha como tais, no nº 5, “as empresas de fábricas, comissões, mandatos comerciais, depósitos ou transportes de mercadoria ou pessoa por água ou por terra”, no que muito se assemelhe ao artigo 672 do Código Comercial Francês.

§ 14 - No direito brasileiro

O Código Comercial Brasileiro, afastando-se do Código Francês de 1807, “na feliz expressão de VIDARI o pai de todos os códigos modernos” ⁽⁴²⁾, não enumerou os atos de comércio, no propósito claro de filiar-se à corrente subjetivista do direito mercantil e ser “exclusivamente um código de comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil”. ⁽⁴³⁾

Todavia, logo a seguir à promulgação do Código Comercial Brasileiro, o Regulamento nº 773, no artigo 19, apesar das acirradas controvérsias suscitadas pelos artigos 622 e 633 do Código de Comércio Francês de 1807, elencou os atos do comércio, ao caracterizar a mercancia, e, dentre eles, incluiu “as empresas: 1) de fábricas, 2) de comissões, 3) de depósitos, 4) de expedição, 5) de consignação e transportes de mercadorias e 6) de espetáculos públicos”. De lá para cá, o uso do vocábulo depara-se nos a cada passo no direito positivo, como se vê de laboriosa pesquisa de WALDÍRIO BULGARELLI. ⁽⁴⁴⁾

Em sede doutrinária, como chamam atenção SYLVIO MARCONDES ⁽⁴⁵⁾, EVARISTO DE MORAES FILHO ⁽⁴⁶⁾, RUBENS REQUIÃO ⁽⁴⁷⁾ e WALDÍRIO BULGARELLI ⁽⁴⁸⁾, a maioria sustenta que “o conceito econômico é o mesmo do jurídico”, conforme opinião de BENTO DE FARIA, ALFREDO RUSSEL, SPENCE VAMPRÉ, DESCARTES DE MAGALHÃES ⁽⁴⁹⁾, WALDEMAR FERREIRA ⁽⁵⁰⁾, FERREIRA DE SOUZA, DARCY BESSONE ⁽⁵¹⁾, JOÃO EUNÁPIO BORGES, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, PHILOMENO I. DA COSTA, FRAN MARTINS e

WALTER ÁLVAREZ⁽⁵²⁾, na esteira da definição de CARVALHO DE MENDONÇA, inspirada em VIVANTE, segundo a qual a “empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua reponsabilidade”.⁽⁵³⁾

Modernamente, diz WALDÍRIO BULGARELLI, autores de nomeada “souberam perfeitamente distinguir os três perfis (ou se se preferir, quatro), que ela assume no plano jurídico, como SYLVIO MARCONDES, OSCAR BARRETO FILHO, RUBENS REQUIÃO”⁽⁵⁴⁾, GAETANO PACCIELO, ROMANO CRISTIANO e JOSÉ DA SILVA PACHECO⁽⁵⁵⁾, “e sem embargo da posição especial que assumiram, também, FÁBIO KONDER COMPARATO e RUY DE SOUZA”⁽⁵⁶⁾, deixando, entretanto, o ilustre Professor dúvida no leitor a propósito de se esses autores comungam ou não da opinião da maioria.⁽⁵⁷⁾

Vista a noção de empresa sob a ótica do legislador pátrio e dos doutores em lei, passemos ao direito constituendo.

§ 15 - O Direito constituendo

Como não poderia deixar de ocorrer, a falta de consenso sobre o conceito jurídico de empresa refletiu-se na reforma das leis do Brasil, como, v.g., no Projeto do Código Civil de ORLANDO GOMES, art. 377; no Projeto do Código do Trabalho de EVARISTO DE MORAES, art. 425; no Projeto de Código de Obrigações de SYLVIO MARCONDES, art. 1.106; no Projeto do Código Civil, elaborado por uma comissão coordenado pelo Ministro MOREIRA ALVES, art.⁽⁵⁸⁾

* JORGE LOBO é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (Aposentado).

NOTAS

(1) ÉTIENNE BONNOT DE CONDILLAC, "Lógica ou Primeiros Desenvolvimentos da Arte de Pensar", in *Os Pensadores*, São Paulo, Ed. Vitor Civita, 1984, pp. 101/3.

(2) PLATÃO, "Diálogos", in *Os Pensadores*, São Paulo, Ed. Vitor Civita, 1983, p. 163.

(3) Para L. BARASSI, o conceito jurídico da empresa é um "tormento da doutrina"; para CARNELUTTI, "escabrosíssimo problema"; para ROCCO, "serve mais para confundir do que para esclarecer as idéias"; para ROTONDI, enseja "tantas definições quanto são os pontos de vista diferentes nos quais podemos nos colocar ao estudá-lo", apud EVARISTO DE MORAES FILHO, *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, Rio, Forense, 1960, vol. I, pp. 327/328.

FRANCESCO FERRARA, notável professor de Florença, critica, com sua autorizada voz, de forma veemente, os autores que, em torno da noção jurídica da empresa, criaram conceitos fantasistas, pessoais e prediletos de empresa, e *azienda* (apud RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1973, 3ª ed., p. 47, nº 32).

A propósito, EVARISTO DE MORAES FILHO acentua sobre a noção jurídica de empresa: "os conceitos dados pelos especialistas são os mais variados possíveis e por vezes até contraditórios" (*ob. cit.*, vol. II, p. 21, nº 199).

(4) G. RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, LSDJ, 1980, vol. I, p. 219, nº 358.

(5) N.ºs. *infra*.

(6) É a conclusão a que se chega após ler e reler a substancial monografia de W. BULGARELLI, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. RT, 1985, em que o eminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo explica: "o conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que opera" (p. 202).

(7) LEO HUBERMAN, *História da Riqueza do Homem*, tradução brasileira, Rio, Zahar Editora, 1984, p. 144.

(8) apud LEO HUBERMAN, *ob. cit.*, p. 146.

(9) *Idem*, p. 148.

(10) "Para o regime da grande empresa e o desenvolvimento da indústria e do comércio durante o século XIX, além das obras gerais de SCHMOLLER, SOMBART e WEBER, citadas, podem ser vistas: W. ROSCHER, *Économie Industrielle*, trad. de W. STIEDA, Paris, 1918, vol. I, pp. 173 e segs.; MACGRECOR, *The Evolution of Industry*, London, 2ª edição, 1948, pp. 9 e segs.; G. RENARD e A. DULAC, *L'Évolution Industrielle et Agricole depuis cent cinquante ans*, Paris, 1912, fls. 189; B. NOGARO e W. QUALID, *L'Évolution du Commerce, du Crédit et des Transports depuis cent cinquante ans*, Paris, 1914, pp. 92 e segs.; G. RENARD, *Les Étapes de la Société Française*, Paris, 1913. Especialmente para capitalismo e invenção; S. G. GILFILLAN, *The Sociology of Invention*, Chicago, 1935, pp. 46 e 52 e segs., com indicação bibliográfica; H. L. LE CHATELIER, *Science et Industrie*, Paris, 1925. Livro básico para todo o assunto, além do *Der Modrene*, cit., é a continuação da obra de W. SOMBART, *L'Apogé du Capitalisme*, trad. de S. JANKÉLÉVITCH, Paris, 2 vols. 1932, e deste mesmo autor *La Industria*, trad. de M. S. SARTO, Barcelona, 1931, pp. 184 e segs. (apud EVARISTO DE MORAES FILHO, *ob. cit.*, vol. I, p. 289, nota 207).

(11) *Problemas do Direito Mercantil*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1970, p. 17, nº 8.

(12) VIVANTE, *Trattato*, 4ª ed., vol. I, nº 69, *apud* A. ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, São Paulo, Liv. Acadêmica, 1931, p. 177, nota 1.

(13) BOLAFFIO, *Comm.*, 3ª ed., nº 40, *apud* ROCCO, *ob. cit.*, p. 177, nota 1. O artigo 3º mencionado no texto refere-se ao Código Comercial Italiano.

(14) M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 87/8.

(15) Entre nós, REQUIÃO afirma que “o conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico” (*Curso de Direito Comercial*, citado, pp. 42, nº 30).

(16) *Ob. cit.*, vol. I, pp. 328/330.

(17) TULIO ASCARELLI, *Derecho Mercantil*, México, 1940, p. 6; JOAQUIM GARRIGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., 1955, p. 24/25; J. ESCARRA, *Principes de Droit Commercial*, 1934, p. 95; J. HAMEL e G. LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, Paris, 1954, vol. I, pp. 174 e 242. Entre nós, D. BESSONE, *Direito das Empresas*, Belo Horizonte, 1956, pp. 5, 10 e 17/18, e EVARISTO DE MORAES, *ob. e vol. cit.*, p. 330, nota 238.

(18) *Ob. cit.*, p. 191, nota 1.

(19) Eis a parte principal da lição de ROCCO que se tornou célebre: “Depois do exposto, achamo-nos agora já em condições de, finalmente, determinar o conceito de ato de comércio e de poder classificar estes atos.

Em primeiro lugar, devemos afirmar, contrariamente à doutrina dominante, que sempre existe um conceito de ato de comércio, segundo nosso direito positivo. A negação deste postulado, que habitualmente se costuma fazer, resulta de não se aprofundar suficientemente as razões intrínsecas que determinaram a comercialização de cada um dos atos enumerados nos artigos 3º e 6º do Código Comercial e de só se tomar em consideração o lado extrínseco do processo histórico que a ela presidiu. Na realidade, uma observação assaz simples devia bastar para persuadir do erro desta conclusão negativa: isto é, que com a progressiva generalização que se opera mediante a extensão por analogia, é sempre possível remontar aos princípios gerais comuns a todo um grupo de normas jurídicas.

Mas devemos outrossim afirmar, em segundo lugar, que o conceito de ato de comércio deve desprender-se, não já *a priori* de certos critérios econômicos mais ou menos vagos, mas *a posteriori* do próprio exame da legislação positiva. O conceito que queremos estabelecer é um conceito de direito positivo. Por outras palavras: não queremos saber daquilo que em si mesmo é o ato de comércio, mas do conceito que de ato de comércio teve o legislador italiano. Consideramos, portanto, infrutuosas, por defeito do próprio método adotado, todas as tentativas dos comercialistas no sentido de se elevarem a uma determinação apriorística do ato do comércio com base em critérios extraídos da economia política.

A análise do sistema do direito positivo conduziu-nos à conclusão de que a lei fixou como comerciais uma série de atividades, com base em dois critérios: um intrínseco, relativo à própria natureza e à função econômica da operação ou do ato; e um extrínseco, por sua vez fundado na relação de conexão existente entre a forma de atividade, que não tem em si mesma uma característica função econômica, e uma outra atividade intrinsecamente comercial. É evidente que a noção substancial de ato de comércio, segundo o código, não pode ser dada senão com relação aos atos intrinsecamente comerciais. Ora, nós vimos que o conceito comum, que se acha imanente em todas as quatro categorias de atos intrinsecamente comerciais: na compra para revenda e ulterior revenda, nas operações bancárias, nas empresas, e na indústria de seguros, é o conceito da troca indireta ou imediata, da interposição na efetivação da troca. Na compra para revenda e ulterior revenda, temos uma troca mediata de mercadorias, títulos de crédito ou imóveis contra outros bens econômicos, geralmente contra dinheiro. Nas operações bancárias, temos uma troca mediata de dinheiro presente contra dinheiro futuro, ou de dinheiro contra dinheiro a crédito. Nas empresas, temos uma

troca mediata dos resultados do trabalho contra outros bens econômicos, especialmente contra dinheiro. E enfim nos seguros, uma troca mediata de um risco individual contra uma quota proporcional de um risco coletivo. Todo ato de comércio pertencente a uma destas categorias é, pois, um ato em que se realiza uma troca indireta ou por meio de interposta pessoa, isto é, uma função de interposição na troca. São diversos os objetos da troca: mercadorias, títulos, imóveis, dinheiro a crédito, produtos do trabalho, riscos. São diversas também as formas que a troca reveste. Mas o fenômeno da troca por meio de interposta pessoa, esse, aparece em qualquer destas quatro categorias de atos contemplados na lei". (*ob. cit.*, pp. 214/215, nº 5).

(20) *Idem*, pp. 217/218.

(21) *Ob. cit.*, vol. II, p. 22, nº 199.

(22) SYLVIO MARCONDES, em seu excelente estudo sobre o "conceito de empresa", in *Problema do Direito Mercantil citado*, pp. 25 e segs., nºs 12 a 14, ensina que, "a doutrina italiana, esses aspectos logram dividir os escritores, pela preferência que dão, ora a um, ora a outro, como elemento preeminente na caracterização jurídica da empresa, e, assim, os perfis traçados, polarizando correntes da opinião, servem de guia na observação de contro-vérsia" (p. 26), esclarecendo, ademais, que autores como GECO, GHIRON e BIGIAMI adotam a concepção institucional de empresa (p. 26), enquanto MOSSA, PASSARELLI e GHIDINI (p. 26) a concepção patrimonial ou objetiva, ficando BARRERO, CARNELUTTI, MESSINEO, LA LUMIA, FANELLI, ASCARELLI e CASANOVA com a concepção funcional (pp. 27/28).

FERRI, a seu turno, in *Manuale di Diritto Commerciale*, Turim, 1950, p.25, nº 12, e 1984, 5ª ed., p. 40, nº 16, ensina que, para o direito, a empresa não serve como um organismo unitário e autônomo, nem do ponto de vista subjetivo nem do ponto de vista objetivo, e que se deve examiná-lo sob diversos aspectos, v.g., como atividade, como patrimônio, como organização, como *azienda*, ou, em outras palavras, deve o perito entender os "aspectos jurídicos de empresas econômicas" e não se perder na formulação de um conceito unitário da empresa.

(23) Cf. nosso *Da Recuperação de empresa no Direito Comparado*, Ed. Lumen Iuris, 1992, pp. 20 e segs.

(24) MANCINI refere-se ao Código de 1865.

(25) *apud* SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. 11, nº 5.

(26) *Ob. cit.*, p. 176, nº 46.

(27) in *Cours de Droit Commercial*, vol. I, pp. 36/37, nº 35.

(28) Ver SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. 10, notas 23 e 24.

(29) *Ob. cit.*, vol. I, 98, nº 248.

(30) *Idem*, p. 99, nº 149.

(31) *Ibidem*, p. 109, nºs 166 a 174.

(32) *Ibidem*, p. 219, nº 358.

(33) HAMEL ET LAGARDE, *Traité de Droit Commercial*, vol. I, pp. 251 e 4819, nºs 213/216, cit. por SYLVIO MARCONDES, *ob. cit.*, p. 31, nº 16, cf. ainda HARIOU ET RENARD, *apud* WALDÍRIO BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 96.

(34) *Ob. cit.*, p. 97.

(35) *apud* A. JACQUEMIN - G. SCHRANS, *O Direito Econômico*, tradução portuguesa, Lisboa, p. 99.

(36) *L'Entreprise et le Droit*, Paris, 1957, p. 418.

(37) *Ob. cit.*, vol. I, p. 345, nº 164.

(38) *Ob. cit.*, pp. 97 e segs., letra b.

(39) *in La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1971, pp. 96 e segs., *apud* BULGARELLI, *ob. cit.*, pp. 98 e segs.

(40) Cf. W. BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 100.

(41) URIA - A. MENEZES, *Código de las Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1977, p. 1326.

(42) *apud* JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de Direito Comercial*, Forense, p. 98, n° 2.

(43) Cf. JOÃO EUNÁPIO BORGES, *ob. e loc. cit.*, que elucida em nota de rodapé: "Havendo o Projeto do Código silenciado sobre tal matéria, CARNEIRO LEÃO, em 19.05.1846, apresentou emenda contendo a enumeração dos atos de comércio. A emenda foi repelida pelas razões contrapostas por JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, entre as quais sobressai a de que "desse sistema de legislar, fazendo a enumeração de atos comerciais, tinham resultado grandes demandas, grandes contestações no *forum*, grandes disputas e até sentenças contraditórias." (*idem*)

(44) *Ob. cit.*, pp. 216/219.

(45) *Ob. cit.*, pp. 13/15, n° 6.

(46) *Ob. cit.*, vol. I, p. 336, n° 160.

(47) *Ob. cit.*, p. 47, n° 33.

(48) *Ob. cit.*, pp. 253 e segs., n° 5.

(49) Cf. SYLVIO MARCONDES, *ob. e loc. cit.*

(50) *Instituições de Direito Comercial*, Rio, 1947, 2ª ed., vol. II, pp. 20/21.

(51) Cf. EVARISTO DE MORAES, *ob. e loc. cit.*

(52) Cf. WALDÍRIO BULGARELLI, *ob. cit.*, p. 258.

(53) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, 1953, vol. I, p. 492, n° 345.

(54) *Ob. cit.*, p. 259.

(55) *Idem*, p. 259, nota 103.

(56) *Ibidem*, p. 259.

(57) A dúvida cresce de importância quando se lê, em EVARISTO DE MORAES FILHO, que, "ainda entre nós, SYLVIO MARCONDES MACHADO, D. BESSONE, FERREIRA DE SOUZA", teriam seguido a corrente liderada por CARVALHO DE MENDONÇA, cf. *ob. cit.*, pp. 337/338, nota 243.

O exame do estudo de SYLVIO MARCONDES, sobre o conceito de empresa, conduz-nos a este esclarecedor período sobre o seu pensamento em tão intrincado assunto: "Rejeitado, por estas ponderações finais, a última feição da empresa" (faltava então o de ASQUINI) "e levada em conta a reserva que se acaba de opor às concepções antecedentes, é de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica" (*ob. cit.*, p. 40, n° 19).

REQUIÃO, a seu turno, dizendo que não se poderia eximir de esclarecer a sua "posição face ao crucial problema da conceituação de empresa", conclui por afirmar que a empresa é uma abstração (*ob. cit.*, p. 50, n° 34).

(58) Sobre as divergências de orientação dos diversos autores dos anteprojetos e projetos de lei, consulte-se OSCAR BARRETO FILHO, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1969, pp. 26/28.