

1. A unificação do direito privado, abrangendo obrigações e contratos de direito civil e comercial, representou importante inovação do novo Código Civil, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano e atendendo às aspirações dos meios jurídicos. Efetivamente, nas suas diretrizes constantes no plano previamente aprovado pelo Ministério da Justiça, em relação à elaboração do Código Civil, já foi determinado que se adotasse entre outros princípios o seguinte:

“a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965”.

2. A distinção tradicional entre as obrigações civis e comerciais já tinha perdido a sua razão de ser quando se unificou a competência para julgar as questões de direito civil entre particulares e os processos de caráter negocial existentes entre comerciantes. Por outro lado, nada impede que, num mesmo código, se possa tratar de institutos que tenham algumas regras próprias de interpretação e para os quais as normas costumeiras tenham maior importância, como ocorre no campo do direito comercial.

3. O próprio Código Comercial de 1850 determinou, no seu art. 121, que fossem aplicadas as normas de direito civil aos contratos em geral, com as modificações nele constantes. Por sua vez, o Código Civil de 1916, no seu art. 1.364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

4. A vocação do nosso direito pela unificação do direito obrigacional data, aliás, do século XIX, tendo sido defendida por TEIXEIRA DE FREITAS, chegando a conclusões análogas, no início do século XX, INGLÊS DE SOUZA, quando, incumbido de elaborar um novo Código Comercial, fez a proposta de termos um Código de Direito Privado. Civilistas e comercialistas admitem, assim, uma certa superação

da distinção tradicional entre as duas matérias, negando a necessidade de códigos distintos para tratar de ambos os temas. Chegou-se, assim, a falar numa relativa “comercialização do direito civil” ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência do “civilismo do direito comercial”.⁽¹⁾

5. Na realidade, distinções básicas que existiam, no passado, em relação a determinados bens, como os móveis e imóveis, perderam parte da sua importância com a securitização de créditos imobiliários, a chamada “comercialização” da hipoteca, a emissão de letras imobiliárias e a criação de fundos imobiliários no mercado de capitais. Por outro lado, empresas construtoras e incorporadoras, sob a forma de sociedades anônimas, passaram a também estar sob a regência do direito comercial.

6. Do mesmo modo, o subjetivismo que caracterizou, por muito tempo, o direito comercial, deixou de ter a sua razão de ser, não se admitindo mais que pudesse ser o direito especial de uma classe, com direitos e deveres distintos daqueles que são atribuídos às demais pessoas.

7. Finalmente, deixou de existir, em grande parte, a diferença de espírito que fazia do direito civil uma legislação rígida, formalista e essencialmente conservadora, opondo-se à flexibilidade do direito comercial e à ampla autonomia da vontade que se admite tradicionalmente nas operações mercantis. Aliás, é uma constante da evolução do direito, à qual se refere SAN TIAGO DANTAS, a oscilação entre uma legislação privada unificada e a ocorrência de uma espécie de bifurcação, ensejando a coexistência de um direito mais tradicional e de outro inovador. Foi o que aconteceu em Roma, com a criação, ao lado do *jus civile*, do direito pretoriano e do próprio *jus gentium*. O mesmo aconteceu com a relação entre o direito civil e o comercial, nos seus respectivos desenvolvimentos históricos.⁽²⁾ Na maioria dos casos, acaba havendo uma reunificação, com a absorção pelo direito tradicional de parte substancial das inovações e da própria flexibilidade do novo direito, que, por sua vez, se estratifica. Foi o que aconteceu em Roma, com a elaboração do *Corpus Juris Civilis* na época de Justiniano. É o que está ocorrendo, agora, no campo das obrigações, entre o direito civil e o direito comercial.

8. No Brasil, assistimos historicamente a uma certa inversão no grau de modernidade, na medida em que o Código Comercial é mais antigo, datado de 1850 e inspirado pela legislação francesa do início do século XIX, enquanto o Código Civil de 1916 constitui uma legislação mais recente, adotando a sistemática e alguns dos princípios que constam do Código Civil Alemão (BGB), que entrou em vigor no início do século XX, sendo, pois, em nosso país, o direito civil codificado vigente até 2002 mais atualizado do que o comercial, ao contrário do que acontece na maioria dos países.

9. Quando se cogitou da elaboração de um novo Código Civil em nosso país, o Código Comercial já estava obsoleto há muito tempo. Não havia mais

⁽¹⁾ RUBENS REQUIÃO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 29.

⁽²⁾ SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 1 a 3.

razão para manter um direito classista para os comerciantes e já estava ultrapassado o próprio conceito dos atos de comércio como caracterizando a condição de comerciante, quando praticados reiterada e profissionalmente.

10. Efetivamente, além de se ter dado ao ato de comércio, no campo jurídico, um sentido mais amplo do que o que tem na economia, que o considerou como abrangendo tão-somente a circulação dos bens – e não a sua produção –, a doutrina reconheceu que a sua definição importava verdadeiro círculo vicioso. Efetivamente, se, por um lado, caracteriza-se o comerciante pela natureza dos atos que pratica, por outro, a natureza desses atos depende de quem os pratica.⁽³⁾

11. Finalmente, foram sendo suscitadas, cada vez mais, dúvidas quanto ao regime dos atos mistos, praticados por um comerciante em relação a um não comerciante e também no tocante à legislação aplicável aos “atos de comércio” quando praticados por não comerciantes. A discriminação na matéria poderia até ser considerada inconstitucional e o problema se tornou mais grave na medida em que ocorreu a generalização de atos comerciais praticados por particulares.

12. Houve, pois, um consenso no sentido de considerar superado o critério constante no nosso Código Comercial de 1850, propondo-se uma nova conceituação de caráter objetivo para regular o que se passou a denominar a atividade negocial ou empresarial.

13. A referência à empresa já constava de alguns diplomas do século XIX, inclusive no Regulamento nº 737, assim como em numerosos diplomas posteriores, mas coube ao Código Civil dar tratamento sistemático e definitivo à matéria, inspirando-se inclusive nas disposições da Constituição de 1988.

14. Não há dúvida que a maior influência exercida sobre o nosso novo Código Civil foi a do *Codice Civile* e da doutrina italiana, do mesmo modo que, anteriormente, o BGB foi o modelo do nosso Código Civil anterior. É, pois, na lei e nos autores daquele país que devemos procurar as origens da concepção que adotamos.

15. A lei italiana define o empresário no seu art. 2082, nos seguintes termos:

“2082. Imprenditore – È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

16. Na realidade, a empresa é definida na legislação italiana, como exercendo *uma atividade econômica organizada com vistas à produção ou à troca de bens e serviços*, não se limitando ao campo da circulação, mas abrangendo a indústria, sob todas as suas formas.

17. A moderna doutrina italiana liderada por ALBERTO ASQUINI admite que a empresa é um fenômeno poliédrico abrangendo quatro facetas que são as seguintes: a) a subjetiva, equiparando-a ao empresário; b) a funcional, como

⁽³⁾ GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, trata, nos nºs 6, 7 e 8 da sua obra, da concepção subjetiva e objetiva dos atos de comércio e da posição do Código Comercial francês.

atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades; c) a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada *azienda*; e finalmente d) como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores.⁽⁴⁾

18. As definições de ASQUINI foram complementadas para fazer da empresa um “ente complexo”, constituído por um conjunto de bens e uma união de pessoas, tendo finalidade própria a ser alcançada de modo dinâmico.

19. Trata-se pois de uma atividade organizada, para alcançar determinada finalidade, que pode ser exercida tanto por pessoa física (comerciante individual) como por determinados grupos sob a forma de sociedade.

20. Deve ser salientado que, como vimos, a empresa evoluiu nos seus aspectos estruturais e institucionais. Enquanto, na concepção do *Codice Civile*, o titular da empresa era sempre o empresário, no direito hodierno conhecemos empresas sem empresários, como acontece, por exemplo, nos casos em que a totalidade das ações pertence a fundos de pensão. Por outro lado, a empresa se caracterizava pela existência de um poder de mando, reconhecendo-se no empresário “o chefe da empresa” (art. 2.086 do *Codice Civile*). Tratava-se de uma estrutura quase monárquica, de inspiração medieval, que era compatível com o corporativismo da época, a *Carta del Lavoro* e até o *Führerprinzip* da legislação societária alemã. No Código Civil brasileiro, ao contrário, a empresa é instituição democrática e pluralista, tendo substituído a hierarquia de tipo militar, representada pela pirâmide, pela gestão organizada com base na cooperação em forma de rede.

21. Resumindo a evolução realizada no direito brasileiro, esclarece o Professor MIGUEL REALE que:

“Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são ‘os titulares da empresa’.

⁽⁴⁾ ALBERTO ASQUINI, “Perfis da empresa” (tradução brasileira), in *Revista de Direito Mercantil*, n° 104, p. 110.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, 'a unidade econômica de produção', ou 'atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de 'bens ou serviços'. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais 'estabelecimentos', os quais são complexos de bens ou 'bens coletivos' que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de *per si*, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de 'ato de comércio' é substituído pelo de 'empresa', assim como a categoria de 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de 'fundo de comércio' é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, 'que é o corpo de um organismo vivo', 'todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção' (*La théorie des obligations*, Paris, 1967, p. 124)".⁽⁵⁾

22. O novo Código Civil trata do empresário nos seus artigos 966, 970 e 971, nos seguintes termos:

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

.....
Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

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

⁽⁵⁾ MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 98-99.

Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

23. O legislador criou, pois, para o empresário rural, a faculdade de sujeitar-se ou não às normas de direito empresarial. A disposição se explica pela atual fase da economia agrícola brasileira caracterizada pelo desenvolvimento da agro-indústria e pela maior importância dada à comercialização dos produtos agrícolas.

24. Quanto aos profissionais liberais, é preciso salientar que muitos deles acabaram organizando-se sob a forma de empresa, razão que justifica a distinção feita no parágrafo único do art. 966.

25. Já o estabelecimento comercial, que tem sido amplamente estudado pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, tem a definição que consta do art. 1.142 e cujo regime é definido no art. 1.143 e seguintes.

26. O art. 1.142 esclarece que:

“**Art. 1.142.** Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

27. Por sua vez, o art. 1.143 tem o seguinte teor:

“**Art. 1.143.** Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

28. Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de terminologia, mas uma substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado. Atendeu-se à evolução tecnológica mas também à nova função atribuída à empresa, que passou a exercer importante função social.

29. De acordo com os princípios gerais que constam do Código Civil e conforme já previa a Lei nº 6.404, que rege as sociedades anônimas, tanto a empresa individual quanto a chamada sociedade empresária devem atender aos imperativos éticos e sociais.

30. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, obedece ao disposto no art. 421 do Código Civil e sua sociabilidade significa tanto a democratização e a moralização do governo da empresa quanto a realização de uma conduta que deve corresponder aos superiores interesses do país e da sociedade.

31. Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um

equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

32. Podemos, pois, concluir, com MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, reconhecendo que:

“... o legado mais temerário que o século XX deixou ao XXI é, nesse campo, a total incoerência entre um mercado cada vez mais globalizado e o imenso déficit do direito mundial, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais. É esse déficit que deve ser combatido, notadamente pelo aprendizado do domínio desse processo histórico exclusivamente mecânico e fora do controle que é hoje a globalização”.⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Arléa, 2002, p. 121.