A Empresa no Contexto do Moderno Direito Comercial

Maria Bernadete Miranda

Mestre em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Empresarial, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadora e Professora do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Itu e Professora de Direito Empresarial, Direito do Consumidor e Mediação e Arbitragem da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. Advogada.

Abstract

This article talks about some business aspects concerning to comercial activity. My aim is to study the use and invenction of the benefit that constitute one of the boundary-line between old and modern Comercial Law.

1. Introdução

A proximidade de um novo século não é somente uma questão de calendário. O século XXI representa o novo mundo social e econômico, resultado de inúmeros avanços desta década. Todos os países precisam estar atentos às tendências e escolher entre colocar-se como sujeito ou reservar-se a posição de mero objeto das transformações. É árduo, se não impossível, interpretar qualquer fenômeno, seja social, político, econômico ou jurídico, sem julgá-lo. Porém, para julgá-lo, o estudioso deve desenvolver duas "virtudes intelectuais": o respeito ao fato e o respeito aos outros.

Comte já observava, *"todos os bons espíritos repetem, desde Bacon, que somente são reais os conhecimentos que repousam sobre os fatos observados".*(1983:5) Portanto, segundo a escola comtiana, Não basta atentar para os fatos, para os fenômenos, que nascem e se sucedem. É preciso vinculá-los a um princípio, a uma doutrina, para então poder retirar-lhe algum fruto.

Um aspecto amplamente comentado no direito moderno é o de que o velho conceito de Direito Comercial, até então girando em torno da figura do comerciante, ou do ato do comércio - adotado através de estatutos medievais, ou da mudança pelo Código Comercial Francês, de 1807 - hoje gira em torno da Teoria da Empresa.

Isto é fruto advindo após a II Guerra Mundial e após a promulgação do Código Civil da Itália de 1942, desde quando o mundo inteiro vem experimentando um intenso desenvolvimento econômico e tecnológico.

O Direito Comercial apresenta uma evolução lenta, vem porém acompanhando o desenrolar das novas idéias econômicas e, dando uma interpretação mais adequada às novas situações. Nosso Código Comercial é de 1850 e suas leis complementares ainda fazem a aplicação do direito voltada para o comerciante e tomam por base os atos do comércio.

Há muito, que a designação do comerciante desapareceu do noticiário dos veículos de comunicação, passando a ser um vocábulo abominado, aparecendo então a atividade empresarial que é uma série de atos de comércio, não exercidos por um indivíduo (comerciante), mas sim coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. É essa atividade que qualifica uma empresa mercantil como industria ou comércio. A atividade empresarial é profissional, ou seja, é exercida com o objetivo de habitualidade e intenção de lucro.

Esse aspecto constituiu um dos marcos divisores entre o antigo e o moderno Direito Comercial, pois, o antigo gira em torno dos atos do comércio e o moderno em torno da atividade empresarial. Podemos dizer que, enquanto focalizava os atos do comércio e a figura do comerciante, denominou-se Direito Comercial, e, quando passou a basear-se na Teoria da Empresa e na atividade empresarial passou a ser chamado de Direito Empresarial.

2. Diferença entre Comércio e Empresa

Temos que comércio trata da troca de mercadorias, geralmente envolvendo o seu transporte a grandes distâncias. Em sentido estrito comércio é a compra e venda de bens e serviços, resultantes da divisão social do trabalho.

É através dos atos do comércio que os produtos da indústria e da agricultura são postos em circulação, alcançando os consumidores. O comércio promove a transferência de mercadoria de umas pessoas para outras, tendo como base a permuta, deslocando-as de regiões onde elas existem em abundância para aquelas em

que são escassas ou insuficientes, para satisfazer o consumo, sendo que tais atos de comércio são praticados com finalidades lucrativas.

Embora não se possa afirmar que suas atividades sejam criadoras, o comércio desempenha, desde a antiguidade, importantes funções econômicas. Abastece os mercados com produtos de que necessitam os consumidores; contribui para o desenvolvimento da produção e do consumo; e estabelece o intercâmbio entre as diferentes comunidades.

O comércio pode ser exercido seja por pessoa física, seja por pessoa jurídica. No direito brasileiro, para caracterizar o comerciante, não é necessária nem a matrícula nem o simples registro. Basta a prática reiterada de atos de comércio, o exercício habitual da profissão mercantil, pois, a qualidade do comerciante deriva de uma condição de fato.

Carvalho de Mendonça define empresa como *"a organização técnico- econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados a troca (venda), com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade".*(1946:492)

Spencer Vampré *pensa do mesmo modo, considerando a empresa como "a organização econômica, que se propõe a obter mediante a combinação da natureza, do trabalho e do capital, produtos destinados a troca, correndo os riscos por conta de uma pessoa, que reúne e dirige esses elementos sobre sua responsabilidade".*(1921:70)

Waldemar Ferreira, embora admita a distinção entre estabelecimento e empresa, sustenta que para a formação de ambos concorrem três elementos: o capital, o trabalho e a organização de ambos para fins produtivos.(1947:20-1)

No Brasil, as formas jurídicas da empresa são as das sociedades anônimas ou das sociedades por cota de responsabilidade limitada, de preferência às firmas individuais ou em nome coletivo, que dia-a-dia desaparecem para tomar as duas outras formas. Também o Estado vem-se tornando empresário para atender às finali-

dades que, por seus aspectos econômicos, não se enquadram nas formas consagradas à atividade estatal clássica.

As empresas que o estado instituiu tomam o nome de sociedades de economia mista, que são, via de regra, sociedades anônimas constituídas de capitais do Estado e de particulares, muitas vezes, porém estes deixam de figurar, permanecendo só o Estado, ou associado a outras pessoas jurídicas públicas.

No mundo capitalista, muitas empresas se formam com o propósito exclusivo de manter o controle financeiro de outras, pela posse total ou parcial do respectivo capital. Tais empresas se denominam ***Holding Companies****,* e as companhias controladas se chamam ***Companhias Subsidiarias.***

Distingui-se a empresa da pessoa do empresário. Este é passageiro, mutável, enquanto aquele é permanente, estável duradoura.

Portanto, empresa é a unidade de produção capitalista, ou seja, organização que reúne sob um mesmo patrimônio os diversos fatores de produção para colocar no mercado um bem ou serviço e, assim, proporcionar ao seu proprietário, ou empresário, uma renda monetária, resultante da diferença de preços entre os fatores de produção e a mercadoria.

3. Formulação da Teoria da Empresa

A formulação da Teoria da Empresa, instaurando uma nova concepção do Direito Comercial, deve-se a **Wieland** (1931:114), embora o pioneirismo do conceito seja **Endemann** (1865:62) quando diz que *"a empresa é um organismo da vida econômica que se sobrepõe à pessoa física que dela se titular".* Tentaríamos então, como primeiro objetivo da empresa, servir seu proprietário ou, mais propriamente, seu titular, como fonte de lucro e, ao mesmo tempo, de produção. Entretanto, a essa intenção econômica, sobreleva outra de modo *"que ela se erija num ente de grande importância no campo jurídico: é que a empresa tem caráter próprio e fadário independente do arbítrio de seu titular"*. Porém, **Wieland** fixou-se decisiva e nitidamente no fator econômico, concebendo a empresa como a colaboração de capital e trabalho para a obtenção de um lucro ilimitado.

Na Itália, **Lorenzo Mossa** retomou as idéias de **Wieland**: julgou haver encontrado na empresa um elemento novo e capaz de traduzir aquilo que o direito tradicional não soube considerar devidamente, *"seria ela o centro da própria atividade econômica".*

Segundo ensinamentos de outro grande comercialista italiano, **Vivante**, a empresa *"é um organismo econômico que recolhe e põe em prática sistematicamente os fatores necessários para obter um produto destinado a troca, a risco do empresário".*(1922:100) Portanto, é requisito essencial de toda empresa a combinação dos fatores - natureza, capital e trabalho.

Ferri também deu destaque ao aspecto econômico da empresa, observando que a mesma *"é uma organização dos fatores de produção que se propõe a satisfazer as necessidades alheias e as exigências do mercado em geral".* (1971:27)

Entretanto, a mais completa e esclarecedora formulação de conceito de empresa foi a de **Asquini**. (1943:5) Inicialmente, invoca a conceituação de que *"a empresa é o exercício profissional de uma atividade econômica organizada para fins de produção ou troca".*

Em seguida, diz que a empresa deve ser encarada sob quatro perfis: o subjetivo, o funcional, o patrimonial e o corporativo. No aspecto subjetivo, a empresa se confunde com a pessoa do empresário, que mereceu definição legislativa de parte do Código Civil italiano, no art. 2.082, como sendo aquele que "exerce", portanto, o sujeito da atividade empresária. A atuação do sujeito sobre os fatores econômicos (capital e trabalho) de maneira organizada, releva o perfil subjetivo da empresa.

O segundo perfil é o funcional, apresentando-se na empresa como a própria atividade empreendedora, dirigida a um fim produtivo. Para a doutrina, o elemento atividade é considerado como conotação marcante do instituto.

Pelo perfil objetivo ou patrimonial, **Asquini** visualiza a empresa como fazenda mercantil ou patrimônio negocial. Este perfil é identificado como a *"azienda"* ou o estabelecimento, complexo de bens, materiais e imateriais, móveis e imóveis, como também os serviços, de que o empresário se sirva para o exercício de sua atividade. Alguns consideram a *"azienda"* como unidade econômica, mas não jurídica, outros, como ***universitas rerum*** **(Vivante),** ou, ainda, como objeto, de direito ***sui generis*****,**

com certos efeitos particulares, (**Ferri**). Para **Asquini**, o Código Civil Italiano, no art.2555, ao definir *"azienda"* ou estabelecimento, como complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa, considera-a como ***res.*** No entanto, fez questão de frisar que não se deve confundir os termos "estabelecimento" e "empresa", uma vez que, estando eles em relação de parte com o todo, são suscetíveis de cisão.

Asquini considera o perfil corporativo uma organização especial de pessoas formada pelo empresário e seus colaboradores, é uma instituição. O trabalho é sujeito, e não objeto da economia: sob certo sentido, os prestadores do trabalho são associados do empresário, conforme já vem sendo reconhecido por ordenamentos jurídicos das Sociedades Anônimas, e também pelas leis alemã e francesa de 1966.

4. Empresa e Empresário

Segundo o art. 2.082 do Código Civil Italiano empresário é quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, para a produção e circulação de bens e de serviço. Temos neste conceito três expressões que merecem comentários especiais: Atividade Econômica; Organizada; Profissionalmente.

Diremos então que empresa é antes de tudo, uma atividade econômica. O exercício de uma atividade não econômica, ainda que seja através de uma organização, mesmo que profissional, não constitui empresa, nem quem a exerce é considerado empresário. Portanto, não é empresário o médico, o advogado e, em geral, quem exerce uma profissão liberal, mesmo que o exercício da profissão implique uma organização estável.

Em segundo lugar, diremos que o empresário exerce atividade profissional, sendo o elemento da profissionalidade um pressuposto essencial. Por profissão, entende-se um constante e normal exercício de uma atividade. O exercício da profissão não exige que a atividade tenha determinada duração ou intervalos certos, mas que seja sistemática e continuada.

Não é empresa a atividade organizada para a satisfação das próprias necessidades. Quem produz para si não é empresário, qualquer que seja a complexidade de sua organização. Nesse caso, falta o elemento da profissionalidade. Entende-se

que quem produz profissionalmente bens ou serviços, necessariamente os produz para fornecer a outrem e com lucro, pois o exercício de uma profissão implica viver dela e obter rendimentos.

A empresa é uma atividade organizada, ou seja, uma atividade realizada com a colaboração integrada de uma equipe de pessoas, agindo com base em um princípio organizativo. Se faltar organização, não haverá empresa. Entende-se como organização empresarial o estabelecimento de objetivos bem definidos, metas e lucros previamente previstos. O objetivo primordial de uma organização empresarial é produzir riquezas e gerar lucros, entendendo-se assim o fundo do comércio e o aviamento.

5. Considerações Finais

A análise de um assunto jurídico supõe, preliminarmente, a sua adequada colocação no quadro de princípios normativos que o qualificam e regulam. Essa tarefa preliminar, quando levada a cabo com suficiente rigor lógico, costuma representar, em si mesma, a própria chave de solução do problema proposto.

A nossa lei brasileira o Código Comercial de 1850, já superado, justifica o desprezo e a falta de mestres especializados nas universidades nesse ramo do direito. Porém é um direito autêntico, real, objetivo, de profunda aplicação. Seu estudo alarga-se no âmbito do Direito Privado e atinge ainda o Direito Público, estabelecendo íntima conexão com o Direito Econômico através de princípios comuns.

A nova realidade econômica atinge não apenas a empresa individual, mas também a empresa em si; pois ficou superada a velha figura do comerciante, individual ou coletivo, suplantado que foi por figura nova que adquiri importância cada vez maior, e que é conhecida pelo nome de empresa.

Todavia estamos em face de um assunto vibrante, apaixonante, complexo e de elevada importância no mundo moderno. A grandeza do Direito Empresarial, nome que mais se ajusta a moderno Direito Comercial, já esta sendo sentida nos bancos acadêmicos, onde esse não mais se baseia na figura do comerciante e dos atos de comércio, mas sim na órbita da Teoria da Empresa.

Ninguém pode negar a participação das empresas nacionais e multinacionais na economia do país, e das atividades empresariais no movimento geral das operações econômicas. O enorme desenvolvimento das operações internacionais implicou na internacionalização do direito das atividades negociais, em síntese, do Direito Empresarial.

Notamos, então, a importância da empresa na contextura do Direito Comercial moderno a ponto de se criar um conteúdo conceitual, abrindo-se assim o caminho para a preparação do futuro, que é uma questão de cultura.

Elaboramos, por isso, o presente trabalho, pois, a nosso ver, chegou o momento de enfrentarmos tal problemática, por mais de uma razão: porque ficamos com maior preparo para a tarefa, e porque se trata de questão que não pode mais esperar para ser levantada amiúde e amplamente debatida.

Referências Bibliográficas

ASQUINI. **Perfis da empresa**. Rrevista del Diritto Commerciale, 1943.

COLUSSI, Vittorio. **Capacitá e impresa**. Pádua: Giufrèe, 1974.

COMTE. Curso de Filosofia Positiva. ***Os pensadores***. São Paulo: Victor Civita, 1983.

DAS DEUTSCHE HANDELSRECHT. *Heidelberg*, 1865. **Manual de derecho mercantil.** Madri, 1972.

FERREIRE, Waldemar. **Instituições de direito comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. Turim. 1971.

HANDELSRECHT. Munique e Leipzig, 1931. **Studi im memoria di Tullio Ascarelli**, Milão, 1969.

LORENZO, Mossa. **Tratatto del nuovo diritto commerciale**. Milão, 1942.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946 e 1947.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Washington P. Albino. **Direito econômico e economia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 1971.

VAMPRÉ, Spencer. **Tratado elementar de direito comercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. Milão: Giufrèe, 1922.