

## **A Teoria da Empresa no Novo Código Civil**

*Jorgina de Fátima Marcondes Guido*  
*Assessora Jurídica do MP/MT*

### **1. Introdução.**

Após longos anos de tramitação pelo Congresso Nacional, o projeto 634, de 1975, rendeu ensejo à promulgação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ou como mais comumente é conhecida: O Novo Código Civil.

Alvo de críticas - algumas construtivas - por parte de alguns juristas, o fato é que a nova "**Constituição do Homem Comum**" encontra-se em vigor, o que torna recomendável a análise e a compreensão do seu conteúdo, com o propósito de se construir melhor exegese dos institutos que por certo já afetam o cotidiano dos cidadãos, imprimindo nova configuração no panorama legal do país.

Em vigor desde o dia 11 de janeiro de 2003, na verdade tratou o Novo Código de disciplinar uma série de situações já sedimentadas no seio da sociedade, na doutrina e na jurisprudência. A novidade representada pela inserção do direito de empresa na legislação civil, no entanto, afigura-se-nos um avanço merecedor de destaque especial, visto que transforma o comerciante em um empresário voltado para a atividade econômica, o que constitui leitura mais adequada dos tempos modernos.

Composto de 2.046 artigos, o Novo Código Civil apresenta-se dividido em duas partes: a Parte Geral e a Parte Especial, sendo a Parte Geral subdividida em três livros: I - Das Pessoas; II - Dos Bens; e III - Dos Fatos Jurídicos. A Parte Especial, por sua vez, é composta de cinco livros, quais sejam: I- Do Direito das Obrigações; II- Do Direito de Empresa; III - Do Direito das Coisas; IV- Do Direito de Família; e V - Do Direito das Sucessões. Segue-se o Livro complementar das disposições finais e transitórias.

Ao entrar em vigor, a Nova Lei Civil faz revogar expressamente o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071) e a Parte Primeira do Código Comercial (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850), que trata do "**Comércio em Geral**".

Sem adentrar o campo que diz com as inúmeras críticas ao novo estatuto, o enfoque do presente escrito visa, antes de mais nada, enfatizar o avanço representado pela eleição da teoria da empresa em nosso ordenamento jurídico.

### **2. Breve histórico do direito comercial no Brasil.**

O aporte da família real portuguesa no Brasil, em 1808, constitui o marco inicial do Direito Comercial brasileiro. A abertura dos portos às nações amigas inaugurou o surgimento desse ramo do direito que até o despontar da respectiva codificação, regulou-se por leis portuguesas e pelos Códigos Comerciais da França e da Espanha, cuja utilização se dava em atendimento à também lusitana Lei da Boa Razão, cujo teor recomendava que o preenchimento das lacunas porventura existentes na lei portuguesa dever-se-ia realizar mediante a aplicação das leis pertinentes às nações cristãs.

Ultrapassado esse primeiro e enleado momento do Direito Comercial brasileiro, uma comissão de comerciantes fez apresentar em 1834, no Congresso Nacional, um Projeto de Código Comercial que, após tramitar por cerca de 15 anos, fez nascer em 1850 a primeira codificação comercial brasileira: a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Embasado nos Códigos de Comércio da França e de Portugal, o Código Comercial Brasileiro adotou a teoria dos atos de comércio, todavia, não cuidou nenhum dos seus dispositivos de enumerá-los, como fez o Código Comercial francês. A enumeração legal sobreveio por

intermédio do Regulamento nº 737, de 1850, cujos artigos 19 e 20 tratavam do processo comercial, enumerando os atos de comércio no intuito de fazer por delimitar o conteúdo da matéria comercial para fins de qualificação da pessoa do comerciante e de diferenciar a matéria comercial da matéria civil.

Revogado pelo Código de Processo Civil em 1939, o Regulamento n.º 737, de 1850, deixou o Brasil sem um diploma legal que exibisse qualquer espécie de enumeração dos atos de comércio ou qualquer outro critério científico capaz de definir a natureza comercial de um ato.

Se por um lado a enumeração legal dos atos de comércio constituiu-se em fonte de divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes à caracterização da natureza civil ou comercial de determinadas atividades econômicas, doutro lado, a ausência dessa enumeração representou dificuldade por vezes incomensurável, mormente naquelas ocasiões em que determinado ato, dada a sua complexidade, não se apresentava possível à definição de natureza comercial.

### **3. A Teoria da Empresa no Novo Código Civil.**

Sem o intuito de aprofundar-se na análise das novas normas estabelecidas para as relações comerciais, importante ressaltar que a adoção da teoria da empresa pelo Novo Código Civil constitui uma benesse ao Direito Comercial Brasileiro, ampliando a sua abrangência no país, tendência essa já observada no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Ao fazê-lo, o estatuto civilista em vigor encerra o período de transição pelo qual passou o Direito Comercial desde 1970 no Brasil.

Com relação à nomenclatura adotada, o Prof. Miguel Reale observa que **"foi empregada a palavra 'empresa' no sentido de atividade desenvolvida pelos indivíduos ou pelas sociedades a fim de promover a produção e a circulação das riquezas. É esse objetivo fundamental que rege os diversos tipos de sociedades empresariais, não sendo demais realçar que, consoante a terminologia adotada pelo projeto, as sociedades são sempre de natureza empresarial, enquanto que as associações são sempre de natureza civil. Parece uma distinção de somenos, mas de grandes conseqüências práticas, porquanto cada uma delas é governada por princípios distintos. Uma experiência básica de operabilidade norteia, portanto, toda matéria de Direito de Empresa, adequando-o aos imperativos da técnica contemporânea no campo econômico-financeiro, sendo estabelecidos preceitos que atendam tanto à livre iniciativa como aos interesses do consumidor."**<sup>1</sup>

A antiga teoria dos atos de comércio, baseada na idéia francesa de uma enumeração artificial, elaborada segundo o gênero de atividade, desviava do regime comercial atividades econômicas consideráveis, tais como a atividade imobiliária e a prestação de serviços em geral.

A figura do comerciante baseava-se na prática dos atos enumerados em lei. Qualificava-se comerciante, e conseqüentemente submetia-se às normas de Direito Comercial aquele que praticasse, habitualmente, **"atos de comércio"** cuja enumeração legal apresentasse natureza exemplificativa, porém, destituída de qualquer critério científico de definição.

A teoria da empresa, de autoria italiana, não leva em consideração para a aplicação do regime comercial o gênero da atividade econômica, importando-se sim com o desenvolvimento dessa atividade, mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria prima com resultado na criação e na circulação de riquezas. É a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços que constitui a base da bem-vinda e moderna Teoria da Empresa, cuja inserção no Novo Estatuto Civil, além de revogar a teoria dos atos de comércio, faz por harmonizar o tratamento legal da disciplina privada da atividade econômica no Brasil.

Em consonância com a teoria italiana da empresa, no entanto, o direito comercial tem por ampliado o seu campo de abrangência, alcançando atividades até então tidas como civis.

#### **4. Considerações de ordem jurídica acerca do Direito Empresarial no Novo Código Civil.**

Sem o intuito de ver esgotadas todas as matérias que o Direito Empresarial contempla no Novo Código, passamos ao comentário de algumas delas, até porque urge se comece a refletir acerca das mudanças, vez que cabe a todos nós, operadores do direito, a tarefa de bem recepcionar e aplicar o novo ordenamento.

##### **4.1. A atividade literária, intelectual ou artística como atividade empresarial.**

Longe da idéia de divisão dos negócios em cíveis e comerciais, a teoria da empresa prevê um regime amplo que exclui tão somente as atividades literárias, artísticas e intelectuais.

E é essa exclusão digna de um parêntese, pois que constitui uma demonstração da estrutura fragmentária do direito comercial, emergente do dinamismo que reveste o desenvolvimento das atividades econômicas, mais se adequando à existência de normas especiais do que à codificação.

Quando o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil dispõe não considerar 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"** 2, chega-se a concluir que as atividades de cunho estritamente intelectual, literária ou artística, não são atividades empresariais. Todavia, o parágrafo único do citado dispositivo faz uma ressalva merecedora de destaque quando diz que mesmo estas atividades, se se constituírem elemento da empresa, isto é, da atividade do empresário, poderão igualmente ser consideradas atividades empresariais, desde que não haja vedação legal em outra lei específica.

##### **4.2. A Sociedade por quotas de responsabilidade no novo Código Civil.**

Dentre essas novidades, substancial é aquela que conferiu amplitude à lei da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Nesse sentido, importante é a lição de Miguel Reale quando aduz que **"foi dada uma nova estrutura muito mais ampla e diversificada à lei da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sendo certo que a lei especial em vigor está completamente ultrapassada, sendo a matéria regida mais segundo princípios de doutrina e à luz de decisões jurisprudenciais. A propósito desse assunto, para mostrar o cuidado que tivemos em atender à Constituição, lembro que a lei atual sobre sociedades por cotas de responsabilidade limitada permite que se expulse um sócio que esteja causando danos à empresa, bastando para tanto mera decisão majoritária. Fui dos primeiros juristas a exigir que se respeitasse o princípio da justa causa, entendendo que a faculdade de expulsar o sócio nocivo devia estar prevista no contrato, sem o que haveria mero predomínio da maioria. Ora, a Constituição atual declara no artigo 5.º que ninguém pode ser privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal e o devido contraditório. Em razão desses dois princípios constitucionais, mantivemos a possibilidade da eliminação do sócio prejudicial, que esteja causando dano à sociedade, locupletando-se às vezes com o patrimônio social, mas lhe asseguramos, por outro lado, o direito de defesa, de maneira que o contraditório se estabeleça no seio da sociedade e depois possa continuar por vias judiciais. Está-se vendo, portanto, a ligação íntima que se procurou estabelecer entre as estruturas constitucionais, de um lado, e aquilo que chamamos de legislação infra constitucional, na qual o Código Civil se situa como ordenamento fundamental."**3

A par da inovação que diz com a possibilidade de expulsão do sócio nocivo, tem-se no seio do novo Estatuto aquela que respeita à sociedade cujo funcionamento depende de autorização

governamental, tais como as instituições financeiras e os postos de venda de combustível.

Segundo o comando emergente dos artigos 1.123, 1.124 e 1.125 do Novo Código Civil, é facultado ao Poder Executivo Federal conceder ou negar autorização de funcionamento dessas sociedades, o que se fará levando em conta o atendimento das condições econômicas, financeiras ou jurídicas especificadas em lei, ou quando os efeitos de sua criação forem contrários aos interesses da economia nacional.

#### **4.3. A distinção entre as empresas nacionais e estrangeiras.**

O caráter resgatador do Novo Estatuto Civil se faz notar quando, na seção II do capítulo XI, primou por distinguir a empresa nacional da empresa estrangeira, exigindo autorização para funcionamento quanto àquelas destituídas de nacionalidade.

#### **4.4. Empresa e Estabelecimento.**

Relevante é o tema que faz por dissipar de vez o tumulto conceitual antes existente entre as noções de empresa e estabelecimento. Deixando de lado a imperfeita idéia de que a empresa constituía o espaço físico onde se achava estabelecido o comércio, o novo Código Civil faz por esclarecer que, se por um lado a empresa corresponde à atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, por outro lado, o estabelecimento constitui todo o complexo de bens organizado para o exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.

Para Fran Martins, a empresa é objeto e não sujeito de direito. Tem-se, portanto, que a empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário, este sim o sujeito do direito 4.

#### **4.5. Da desconsideração da personalidade jurídica.**

Importante, ademais, notificar que o Direito de Empresa consagra a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual o administrador da empresa, sócio ou não, responderá solidariamente pelos prejuízos que a empresa causar à sociedade ou a população em geral. A respeito, escreveu o Ministro Nilson Naves: **"Conquanto não envolva tema novo, uma vez já previsto na lei de proteção do consumidor e em outras normas jurídicas, um ponto merece destaque no novel Código: o da desconsideração da personalidade jurídica, visto que veio positivar e aprimorar, em contornos diversos daqueles já existentes, instituto de grande relevância mediante o qual se busca evitar que os sócios se utilizem da segurança proporcionada pelas pessoas jurídicas - criadas como forma de estímulo ao desenvolvimento de atividades produtivas, porquanto o risco negocial atingiria apenas parcela do patrimônio "para praticar atos que desvirtuem sua finalidade, levando empresas à falência e, assim, causando lesão aos credores em razão da inexistência de lastro para garantir as obrigações assumidas."**<sup>5</sup>

### **5. O Direito da Empresa no Código Civil. Tentativa de unificação do Direito Privado?**

Vários dos escritos publicados posteriormente à publicação do Novo Código Civil questionam se a inserção das normas fundamentais do direito comercial no bojo daquele estatuto não seria o início da extinção do Direito Comercial no Brasil, com o fim da autonomia jurídica e didática da matéria.

Tal discussão ocorreu há muitos anos, mais precisamente no final do século passado, quando o professor Cesare Vivante, da Universidade de Roma, não mediu esforços para ver unificado o Direito Civil e o Direito Comercial, o que resultou, em 1942, na promulgação do Código Civil italiano contendo matéria comercial.

Consta, no entanto, que Vivante, após ter-se envolvido com os estudos de direito comercial,

voltou atrás em sua posição, dizendo que a unificação acarretaria grave prejuízo, passando a justificar a autonomia da matéria comercial, em razão da diferença de métodos existentes entre os dois ramos do direito, sustentando que o direito comercial tem índole cosmopolita, decorrente da natureza do próprio comércio, regulando os negócios em massa, ao passo que o direito civil se ocupa de atos isolados dos particulares.

Jurista italiano, maior comercialista dos tempos modernos, Vivante era considerado o renovador do Direito Comercial italiano, antes da reforma legislativa de 1942. Respeitado defensor da unificação até o momento que foi designado para elaborar o anteprojeto de reforma do Código Comercial italiano.

Frente aos inúmeros desafios emergentes da elaboração positiva do Direito Comercial, deu-se conta de que cometera grave erro, e com a humildade que só habita os espíritos evoluídos, fez uma retratação pública na qual afirmou que a unificação acarretaria grave prejuízo para o Direito Comercial.

O professor Rubens Requião, inesquecível comercialista brasileiro, acerca do assunto assim se pronunciou: **"Justifica-se a autonomia pela diferença de método entre o direito civil e o direito comercial: neste prevalece o método indutivo, naquele o dedutivo. O direito comercial tem, de fato, uma índole cosmopolita que decorre do próprio comércio. A disciplina dos títulos de crédito, a circulação, o portador de boa-fé, são institutos que dão uma feição diferente da que prevalece no direito civil."**<sup>6</sup>

A simples inserção da disciplina do Direito de Empresa no Livro II da Parte Especial do Código Civil não se afigura suficiente a embasar a afirmação de que o Direito Comercial deixará de existir como disciplina didática e científica.

A autonomia jurídica do direito comercial é assegurada pela Constituição Federal que, no inciso I do seu artigo 22, diz da competência legislativa sobre a matéria. **Verbis:**

**"Compete privativamente à União legislar: I- Direito civil, comercial, penal, processual penal, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho."**<sup>7</sup>

Do exposto, vê-se às claras que, ao elencar as matérias de competência legislativa privativa da União, o dispositivo constitucional separou o direito civil do comercial, numa forma de impedir que normas inferiores contrariassem a autonomia inerente às disciplinas jurídicas mencionadas.

## **6. Considerações Finais.**

O Novo Código Civil, embora se apresente de grande importância para o Direito Comercial, não contempla inúmeros regramentos que continuam a existir de forma esparsa, constituindo verdadeiros microssistemas.

A autonomia didático-jurídica do Direito Comercial brasileiro é uma certeza que comportaria um escrito em apartado. Todavia, o simples fato de ver-se assegurada na Constituição Federal constitui razão suficiente para a sua manutenção, a exemplo do que ocorreu na Itália e na Suíça.

O Código Civil de 2002, sob o ângulo do direito ora chamado empresarial, constitui o termo inicial de uma fase nova da disciplina no país. Disciplina essa por vezes desprestigiada em função do antigo código de 1850. Será a base para a caracterização do empresário e da delimitação da matéria comercial segundo a teoria da empresa, concorrendo para a definição da comercialidade das relações jurídicas no Brasil.

Ao contrário do que a inclusão da teoria da empresa no Estatuto Civil possa sugerir, o Direito Comercial não perdeu a sua luz própria. A inserção de suas normas no Novo Código Civil,

além de parcial, mais parece um critério de organização do legislador.

O Direito Comercial, sob o nome de Negocial, Econômico ou Empresarial, está mais inserido na vida das pessoas do que normalmente percebemos. Academicamente, esse ramo do direito privado pode não ter a classe e a tradição do direito civil, nem o adorável charme do direito penal, todavia, tem sido através dos seus institutos que a humanidade tem resistido através dos séculos.

Como recentemente afirmou o Prof. Fábio Ulhoa, ao citar Waldemar Ferreira em 1960, apreciando a questão: **"possui o Direito Comercial traços que o tornam inconfundível. Mas não desaparecerá. Códigos são uma coisa. Direito é outra."**<sup>8</sup>

### **Referências Bibliográficas**

1. Este é o entendimento do Prof. Miguel Reale, *in Visão Geral do Novo Código Civil*, <http://miguelreale.com.br>, em 26.05.2002.
1. Organizado por Yussef Said Cahali, *Código Civil 2002*, 5ª edição, p. 380.
1. Ricardo Fiuza, ao citar o Prof. Miguel Reale, em seu artigo *O novo Código Civil e o direito de empresa*, publicado no <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2720>.
1. *Curso de direito comercial*. 22.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.15.
2. Em seu artigo *Novo Código Civil*, publicado no <http://www.jurídico.pro.br/bd/artigos/viewnews.cgi?id=EpuVukVpZVmRQdcyG>, em 16.02.03.
1. Rubens Requião, sobre a autonomia do direito comercial.
1. Constituição Federal, artigo 22, inciso I.
1. Fabio Ulhoa Filho, em recente artigo publicado em <file:///C:/WINDOWS/TEMP/triPGCHJ.htm>

### **Bibliografia Consultada**

- 1 - COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v.2, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 479.
- 2 - BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 287.
- 3 - BRASIL, *Código Civil*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.
- 4 - BRASIL, *Código Comercial*, 47ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.368.
- 5 - BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p.349.
- 6 - MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 7 - REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v.2., 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 640.