

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 143

julho/setembro – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A noção jurídica de empresa

José Gabriel Assis de Almeida

Sumário

1. Noção de “empresa” e a sua introdução no Direito. 1.1. O conceito econômico de empresa. 1.2. A adoção de um conceito jurídico de empresa. 2. As manifestações jurídicas do conceito de empresa. 2.1. A empresa no direito do trabalho. 2.2. A empresa no direito administrativo. 2.3. A empresa no direito tributário. 2.4. A empresa no direito da concorrência. 2.5. A empresa no direito do consumo. 2.6. A empresa no direito processual civil. 2.7. A empresa no direito constitucional. 2.8. A empresa no direito societário. 2.9. A empresa no direito falimentar. 3. Os contornos da noção jurídica de empresa. 4. Conclusão.

1. Noção de “empresa” e a sua introdução no Direito

1.1. O conceito econômico de empresa

“Empresa” é uma expressão usada vulgarmente na linguagem comum. Nessa linguagem, a “empresa” tem diversas acepções. Ora é a empresa “X” que explora uma determinada atividade, ou é a pessoa “Y” que é dona da empresa “Z”.

Essa noção de empresa, da maneira como é utilizada na linguagem comum, tem um conteúdo manifestamente econômico. Nessa acepção econômica, a empresa significa a organização ou entidade que exerce uma atividade econômica.

O conceito econômico de empresa corresponde à evolução da atividade econômica. Na verdade, no começo, a atividade eco-

José Gabriel Assis de Almeida é Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito Econômico e Empresarial da Universidade Candido Mendes – Ipanema, Professor Adjunto da Uni-Rio Universidade do Rio de Janeiro, Advogado inscrito no Rio de Janeiro, São Paulo, Lisboa e Paris.

nômica era exercida de forma individual. Nessa situação, era muito fácil identificar a atividade com a pessoa física que a exercia. Nesse estágio, a noção de empresa era dispensável, pois a “organização que exercia a atividade econômica” era a pessoa física.

Posteriormente, o desenvolvimento foi impondo outras formas de organização para o exercício da atividade econômica. Deu-se, então, o surgimento das sociedades comerciais. A atividade não era mais exercida por uma única pessoa física, mas por um conjunto de pessoas físicas.

Em seguida, apareceram ainda novos modos de exercício da atividade econômica. Por exemplo, quando o Estado passou a intervir diretamente na economia, realizando diretamente atividades próprias dos agentes econômicos. Houve assim o exercício organizado de uma atividade econômica, não por um grupo de pessoas, mas por uma única pessoa, o Estado.

Em razão da evolução histórica, o conceito de indivíduo deixou de servir para identificar a “organização que exercia uma atividade econômica”. Era necessário criar um novo conceito, para identificar o elemento que exerce a atividade econômica. Surgiu assim a noção de “empresa”.

Desse modo, a empresa aparece como uma unidade econômica. É uma unidade econômica na medida em que é uma unidade autônoma, de produção ou de circulação de bens ou de serviços, ou seja, uma unidade de produção de riqueza.

Para a empresa poder exercer essa atividade de produção ou de circulação de bens ou de serviços, é necessária a reunião de alguns elementos. Com efeito, para se transformar em unidade econômica, a empresa surge como uma organização de fatores de produção; de um lado o capital, do outro, o trabalho. Capital aqui entendido não somente o dinheiro, mas também outros bens valorizáveis economicamente. Por seu lado, por trabalho não se compreende somente o trabalho assalariado; é preciso incluir também o trabalho das pessoas que dirigem e organizam a empresa.

Nessas condições, a empresa surge como a organização dos fatores de produção, capital e trabalho, cujo objeto é a produção ou a circulação de bens ou serviços.

Essa definição expõe claramente os elementos fundamentais da empresa do ponto de vista econômico: primeiro, o capital; segundo, o trabalho.

A esses dois elementos soma-se um terceiro elemento fundamental, pelo menos nas economias liberais, que é o risco. Só existe empresa quando a atividade é exercida com risco para aquela unidade econômica. Ou seja, a unidade econômica corre o risco dos resultados positivos ou negativos da atividade exercida.

Um outro elemento que também tem sido algumas vezes utilizado para identificar a empresa é o intuito de lucro. Porém, analisar a empresa sob a ótica do intuito de lucro só faz sentido com relação às empresas capitalistas que pertençam ao setor privado.

Na verdade, mesmo numa economia capitalista, existem empresas que não têm a característica do intuito de lucro. São normalmente as empresas do setor público. Essas empresas muitas vezes são obrigadas – em virtude da missão pública que as orienta – a exercer atividade sem intuito de lucro ou exercer atividade em que a possibilidade de ter uma elevada rentabilidade é mais reduzida¹.

Por exemplo, algumas companhias de aviação em determinados países são obrigadas a fazer certos vôos sabidamente deficitários. Na verdade, com objetivo de integrar as diferentes regiões do país, o Estado impõe às empresas a realização de tais atividades, necessárias para que as cidades do interior não fiquem abandonadas.

Dessa forma, não é razoável colocar o intuito de lucro como requisito para a atribuição da qualidade de empresa.

1.2. A adoção de um conceito jurídico de empresa

Dentro desse quadro econômico, a intenção do presente artigo é analisar se a “em-

presa”, tal como definida economicamente, tem algum significado ou conteúdo jurídico próprio.

Com efeito, a noção jurídica de “empresa” tem suscitado alguma controvérsia.

Na verdade, o problema da transposição do conceito econômico de “empresa” para o Direito decorre do modo como a empresa é definida do ponto de vista econômico.

A adoção de uma noção jurídica de empresa implica escolher entre dois caminhos. Ou se adota o conceito de “empresa” como uma categoria já existente no direito comercial ou, então, a noção de empresa terá de ser muito mais abrangente do que as categorias tradicionais do direito empresarial.

A primeira solução, mais fácil, consiste em equiparar a empresa ao comerciante individual ou às sociedades comerciais.

No entanto, essa é também a solução menos rica, pois implica renunciar a qualquer novidade ou aporte que a noção de empresa possa trazer para o direito. Mesmo assim, alguns, mais radicais, adotaram essa solução e proclamaram que a empresa não tem qualquer significado jurídico².

No entanto, com a evolução da atividade econômica, o Direito torna-se cada vez mais permeável à noção da empresa. Essa evolução se faz sentir principalmente em três aspectos.

O primeiro é o alargamento do conceito de atividade econômica. Ou seja, é cada vez mais frequente a atribuição de um caráter econômico às diferentes atividades que são regulamentadas pelo Direito. Antigamente havia determinado número de atividades às quais ninguém reconhecia um caráter econômico, como era o caso de determinados serviços prestados pelo Estado. Por exemplo, a atividade de distribuição do correio era uma atividade tipicamente do Estado. Era uma atividade que não tinha conteúdo econômico, pois se tratava de um serviço prestado pelo Estado ao particular.

Outro exemplo é o da saúde. Oferecer assistência médica era uma função do Estado, não era uma função das entidades pri-

vadas. O fornecimento de serviços de saúde era uma das funções do Estado, destituída de caráter econômico. Portanto, o médico exercia sua atividade como um serviço público. Acresce que, no passado, não existiam entidades oferecendo planos de saúde como temos hoje.

Atualmente, a atividade da saúde é uma atividade de características marcadamente econômicas. O indivíduo é obrigado a ter um plano de saúde para poder se tratar. Todas as atividades ligadas à saúde passaram a ter um conteúdo econômico.

A atribuição de um caráter econômico às atividades resulta da retirada do Estado de vários setores da vida social. A partir do momento em que o Estado se nega a realizar um determinado número de atividades, essas atividades passam necessariamente a ser exercidas pela iniciativa privada. Ora, a iniciativa privada, por definição, dá um conteúdo econômico a essas atividades, pois a retribuição econômica/financeira é a pedra filosofal da iniciativa privada.

O segundo aspecto da evolução histórica que favorece a introdução do conceito de empresa no Direito é a profunda transformação de que o Direito foi objeto, tornando-se bem mais flexível.

Essa enorme transformação é demonstrada pelo aparecimento de uma série de “equações” novas, tais como a dissociação que houve, e que foi fundamental para o desenvolvimento das sociedades, entre o conceito de propriedade e o conceito de controle ou administração.

Um caso típico é o da sociedade anônima. Não a existente no Brasil, pois as sociedades anônimas brasileiras, cotadas nas Bolsas, são todas controladas por uma entidade pública ou privada. Aliás, o Brasil perdeu a grande oportunidade de criar a verdadeira sociedade anônima com as privatizações porque estas privilegiaram a venda em bloco do controle das empresas e não a pulverização do controle pelo público, de forma a não existir uma pessoa ou um grupo que isoladamente pudesse exercer o controle sobre a empresa privatizada.

No entanto, no capitalismo mais avançado, temos situações em que a propriedade pertence a uns e a administração pertence a outros. No livro “Os Bárbaros no Portão”³, narra-se a história da compra da RJR Nabisco por um grupo de empresários. A RJR Nabisco era uma das sociedades mais importantes dos Estados Unidos, sendo que suas ações estavam totalmente pulverizadas. Ninguém tinha individualmente mais do que 5% ou 6% do capital social dessa sociedade. Era um caso típico em que se tinha, de um lado, a administração e, de outro, os diversos proprietários.

O terceiro aspecto da evolução do Direito que favorece a adoção de um conceito jurídico para a empresa é o progressivo enfraquecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais.

A noção de personalidade jurídica apareceu primeiramente com relação às pessoas físicas.

As pessoas jurídicas mercantis surgem somente no momento em que foram criadas as companhias de navegação para permitir a exploração de grandes empreendimentos marítimos.

Porém, o conceito moderno de personalidade jurídica das sociedades comerciais surgiu somente no final do século passado e principalmente no começo desse século, quando se passou a atribuir, automaticamente, a personalidade jurídica a qualquer tipo de sociedade.

A atribuição sistemática da personalidade jurídica às sociedades comerciais foi um passo decisivo para a modernização do direito comercial.

Tratou-se de uma inovação revolucionária na medida em que abriu o caminho para a limitação da responsabilidade do comerciante, com a criação indireta de patrimônios de afetação, ultrapassando a idéia de universalidade do patrimônio individual.

Com efeito, em uma primeira fase, a grande novidade da personalidade jurídica consistia em criar uma figura, um ente de direito, atribuir a esse ente uma parcela do patrimônio dos sócios e estabelecer que essa par-

cela responderia pelas atividades empresariais exercidas pelos sócios por meio desse ente. Foi assim concedido um instrumento poderoso a todos aqueles que queriam comerciar sem colocar em risco a totalidade do seu patrimônio pessoal.

Essa limitação da responsabilidade do comerciante, por meio da personalidade jurídica das sociedades comerciais, foi depois desenvolvida e melhorada quando foi criada a figura das sociedades de responsabilidade limitada. Isto é, sociedades em que, uma vez integralizado o capital social, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída aos sócios pelos prejuízos causados pelo exercício da atividade social.

Só que, se a personalidade jurídica foi uma das razões do grande sucesso e do grande desenvolvimento das atividades comerciais, foi também rapidamente ultrapassada pela própria dinâmica das atividades comerciais.

A partir de dado momento, sentiu-se que havia uma inadequação da personalidade jurídica para responder a determinadas situações.

Um sintoma desse fato foi a criação pretoriana da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, a desconsideração motivada por exercício abusivo do direito de constituir uma sociedade. Essa idéia da desconsideração da personalidade jurídica foi, em seguida, adotada – de forma pouco feliz, note-se de passagem – pelo direito positivo⁴.

Em razão desses três fatores – alargamento do conceito de atividade econômica, flexibilização dos conceitos jurídicos e enfraquecimento da noção de personalidade jurídica das sociedades –, hoje, no Direito, criou-se um clima favorável ao aparecimento de um conceito jurídico de empresa.

Com efeito, por um lado, o Direito passou a ter um caráter cada vez mais econômico e, por outro lado, os conceitos formais ligados à definição do sujeito de direito foram flexibilizados. Ou seja, houve a constatação que determinados conceitos jurídicos

ligados à figura do comerciante, e que eram conceitos tradicionais, como a personalidade jurídica, não mais correspondem plenamente às realidades econômicas.

Portanto, abriu-se assim uma porta para o aparecimento de manifestações jurídicas da empresa.

2. As manifestações jurídicas do conceito de empresa

2.1. A empresa no direito do trabalho

A primeira manifestação do conceito jurídico de “empresa” dá-se no Direito do Trabalho, fundamentalmente nos arts. 2º e 10 da CLT.

Diz o art. 2º que se considera empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço.

Nessa definição, há um acolhimento praticamente perfeito, por parte do Direito, da noção econômica de empresa.

Na definição *supra*, sobressai a noção de atividade econômica e a noção de risco da atividade econômica. Ou seja, a empresa surge enquanto atividade econômica e enquanto entidade responsável pelos riscos dessa atividade econômica.

Por seu lado, o § 1º do art. 2º diz que equiparam-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições beneficentes, as associações recreativas ou as instituições sem fins lucrativos.

A construção desse parágrafo merece alguns reparos. Em primeiro lugar, a utilização do termo “equiparam-se” está correta com relação às instituições beneficentes, às associações recreativas e às instituições sem fins lucrativos. Com efeito, são obviamente entidades que, por não exercerem uma atividade econômica, não podem ser propriamente “empresas”. Portanto, nesse caso, a palavra “equiparação” está correta na medida em que “equiparar” significa dizer que essas entidades não são empresas. Tanto não são empresas que é preciso prever que

terão o mesmo tratamento dado às empresas.

O erro do § 2º está quando se fala nos profissionais liberais. Não existe razão para não se considerar o profissional liberal como uma empresa, tratando-o como um equiparado à empresa. Com efeito, os profissionais liberais exercem uma atividade econômica e correm os riscos do sucesso/insucesso da atividade exercida. Melhor seria dizer que a “empresa” inclui também os profissionais liberais, e não que estes são equiparados àquela.

O § 2º contém ainda uma outra regra interessante. É a regra segundo a qual sempre que uma ou mais empresas, tendo cada uma personalidade jurídica própria, estiverem sob controle ou administração de outra, constituindo grupo para o exercício de qualquer atividade econômica, serão todas elas solidariamente responsáveis.

Isso significa que, se várias entidades estão subordinadas umas às outras, essas entidades são todas solidariamente responsáveis. Nesse sentido, algumas decisões judiciais ilustram o texto legal, como é o caso do exemplo a seguir:

“Provado que uma ou mais empresas estão sob a mesma direção e controle, confundindo-se a sua administração, pode o empregado apresentar reclamação trabalhista contra o empregador direto ou qualquer empresa do grupo”⁵.

A solidariedade existente entre os membros do grupo só se justifica porque todas as atividades individuais, (ou exercidas individualmente), por aquelas várias empresas são atividades que se inserem dentro de um plano global de ação, de uma atividade maior, que é a atividade do grupo enquanto entidade única. Conseqüentemente, como cada membro beneficia da atividade do grupo, é natural, também, que cada membro suporte as conseqüências dessa atividade.

Desse modo, o grupo surge assim, juridicamente, como uma empresa única, para efeitos trabalhistas.

O único reparo a ser feito a esse § 2º é o de ter utilizado a expressão “sempre que uma ou mais empresas”. Na realidade, deveria ter sido utilizado a expressão “sempre que uma ou mais entidades” ou “sempre que uma ou mais sociedades”. Com efeito, a expressão usada pode traduzir a idéia de que cada um dos membros desse grupo, individualmente considerado, constitui uma empresa.

Por outro lado, é também importante notar que a noção de empresa ultrapassa, no caso dos grupos, os limites da própria personalidade jurídica de cada um dos seus membros. Assim, a partir do momento em que a personalidade jurídica se torna um obstáculo, não correspondendo mais à realidade, ou seja, à existência de uma única empresa, diz a lei claramente que – mesmo tendo cada um dos membros do grupo uma personalidade jurídica própria – formam todas as sociedades do grupo um conjunto único e solidariamente responsável. Fica patente assim a desconsideração da personalidade jurídica, não no sentido tradicional, mas no sentido de se formar uma nova entidade, a “empresa”.

Conforme visto acima, a segunda manifestação da “empresa” no direito do trabalho encontra-se no art. 10 da CLT.

Esse art. 10 completa o sentido do art. 2º, § 2º, a propósito dos grupos, na medida em que estabelece que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará o direito adquirido dos seus empregados.

Nesse sentido, vejam-se os acórdãos abaixo:

“(…) dá-se a sucessão quando a firma em si não desaparece, mas desaparece apenas um estabelecimento, sendo os empregados aproveitados em outro estabelecimento do mesmo empregador (...). Por conseguinte, há sucessão, no conceito trabalhista que a palavra sugere, quando uma pessoa adquire de outrem empresa, estabelecimento ou seção em seu conjunto, mesmo quando não existir vínculo jurídi-

co de qualquer natureza entre o sucessor e o sucedido”⁶.

“Extinto o contrato de administração do hospital de Itaipu entre as rés, assumiu esta, diretamente, a administração do empreendimento.

“Ainda que a Unicon tenha efetuado as rescisões contratuais com seus funcionários, estes foram readmitidos pela Itaipu, sem que houvesse interrupção na prestação de serviços, (...)”

“Ausente qualquer solução de continuidade, pois continuou a autora ao labor normal, diário, no mesmo estabelecimento e exercendo a mesma função.

“Entendo, pois, que presentes os requisitos para configurar a sucessão, conforme os arts. 10 e 448 da CLT”⁷.

O art. 10 é a manifestação clara de que a noção de empresa é uma noção maior do que a noção tradicional de sociedade ou de pessoa física. É a prova de que existe alguma coisa, chamada empresa, desvinculada da forma jurídica. Essa empresa existe mediante o exercício de uma atividade econômica que vai-se desenvolvendo, pouco importando as transformações das estruturas jurídicas organizadas em torno dessa atividade econômica. É irrelevante apurar quem é o sujeito de direito que exerce a atividade.

Dessa forma, por exemplo, não importa se hoje é uma sociedade que explora o supermercado “Y” e se amanhã essa sociedade for substituída por outra, que passará a dirigir o supermercado. Mas o supermercado continua o mesmo, a empresa continua a mesma, exercendo a mesma atividade.

Assim sendo, o art. 10 é o reconhecimento, pelo direito, de que os conceitos jurídicos tradicionais são estreitos demais para a noção jurídica de empresa. O art. 10 é também o reconhecimento de que a “empresa” é uma noção mais larga e mais abrangente do que as noções clássicas de pessoa física ou de pessoa jurídica.

Fora da CLT, mas ainda no direito do trabalho, é possível encontrar outras mani-

festações de empresa. Por exemplo, a Medida Provisória nº 1.619, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, opta por não definir o que é empresa. Mas esta estabelece o que não é empresa. Com efeito, no art. 2º, § 3º, a referida Medida Provisória indica que:

“não se equipara a empresa, para os fins desta Medida Provisória:

a) a pessoa física;
b) a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

1. não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;

2. aplique integralmente os seus recursos em atividade institucional e no País;

3. destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;

4. mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos desta alínea, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis”.

A exclusão da pessoa física, enquanto empresa, não está de acordo com a filosofia do direito do trabalho. No entanto, é justificável em face dos objetivos da norma em questão, que são os de atingir unicamente as empresas de maior porte.

Por outro lado, a exclusão das entidades sem fins lucrativos visa nitidamente as entidades que exercem uma atividade não econômica.

No direito previdenciário, área correlata ao direito do trabalho, é possível encontrar na legislação referência à empresa. A Medida Provisória nº 1.518/96, que altera a legislação sobre o salário-educação, estabelece, no art. 1º, § 3º, que:

“Entende-se por empresa, para os fins desta medida provisória, qualquer firma individual ou sociedade que as-

sume o risco da atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como as empresas e demais entidades públicas ou privadas, vinculadas à seguridade social”.

Constata-se, nesse dispositivo, uma clara referência à empresa, com um forte enfoque no exercício independente da atividade econômica, relegando-se, para segundo plano, os aspectos jurídicos formais.

2.2. *A empresa no direito administrativo*

O segundo caso de manifestação da empresa, enquanto conceito jurídico, é o do direito administrativo.

O Decreto-Lei nº 200/67, que trata sobre a organização e a administração pública, no seu art. 5º, II, define empresa pública como sendo:

“a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

Essa definição deixa transparecer a característica fundamental da empresa pública: o exercício de uma atividade econômica.

Com efeito, a empresa pública é organizada exclusivamente com o fim de exercer uma atividade econômica. Se não fosse essa atividade econômica a ser exercida, não haveria motivo para criar uma empresa pública.

A essa característica basilar somam-se duas outras acessórias: a existência de personalidade jurídica de direito privado e a existência de um patrimônio próprio.

Por outro lado, a definição do Decreto-Lei nº 200/67 contém ainda três outras características, específicas e que dão caráter público à empresa.

Em primeiro lugar, o fato de ser criada por lei, em segundo lugar, ter capital exclu-

sivo da União e, em terceiro lugar, exercer uma atividade que o Estado (por contingência ou conveniência administrativa) é obrigado a realizar. São essas três características que dão caráter público-administrativo à empresa.

Mas, repete-se, o que define a essência da empresa pública enquanto empresa é o exercício da atividade econômica. Se não houver o exercício da atividade econômica, a empresa pública não terá razão de ser.

2.3. A empresa no direito tributário

A noção jurídica de empresa manifesta-se ainda no direito tributário. Com efeito, existem algumas disposições bastante interessantes, nos arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional.

O art. 132, no seu *caput*, estabelece que a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Portanto, a pessoa jurídica que resultar da fusão, da transformação, da incorporação responde pelos tributos devidos pelos antecessores.

Essa regra é manifestamente inspirada na idéia que presidiu à redação do art. 10 da CLT. Ou seja, a alteração da forma jurídica não afeta o conteúdo da atividade econômica e as conseqüências do seu exercício. Dessa forma, o direito tributário reconhece a empresa e coloca-a acima das estruturas jurídicas.

Mais interessante é o parágrafo único do art. 132, segundo o qual:

“o disposto nesse artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual”.

Esse dispositivo retrata bem a realidade jurídica da empresa. A hipótese do art. 132

do CTN é clara: existia uma figura jurídica que estava associada a uma empresa. Essa figura jurídica desaparece, mas o desaparecimento (em última análise, a extinção da personalidade jurídica) não causa a morte da empresa. A empresa continua enquanto entidade autônoma, com vida jurídica própria. E tanto tem vida autônoma que a estrutura jurídica que passa a abrigar aquela empresa responde pelos atos pretéritos da empresa. Na realidade, ao contrário do imposto pelo art. 132 do CTN, o natural seria que toda e qualquer estrutura jurídica que fosse criada não tivesse de arcar com a responsabilidade por atos anteriores à sua criação.

Há, portanto, uma clara manifestação da empresa no direito tributário, e uma clara dicotomia entre a noção jurídica de empresa e a noção de sujeito de direito.

Essa dicotomia é ainda reafirmada no art. 133 do CTN, onde está determinado que:

“a pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, anteriores à data da aquisição”.

Em aplicação desse artigo, os tribunais têm afirmado:

“Havendo sucessão, caracterizada pela compra do fundo de comércio, o sucessor responde pelos débitos tributários do sucedido”⁸.

“Quem adquire, a qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento, e continua na mesma exploração, responde pelos tributos relativos ao que alcançou (art. 133 do cód. Trib. Nacional). Observe-se que tal responsabilidade exsurge integral ou subsidiária. Emerge a responsabilidade, de modo subsidiário com o alienante, ‘se

este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão’, (art. 133, n. II, do Cód. Trib. Nacional)”⁹.

Essas decisões judiciais, em interpretação da lei, demonstram claramente o reconhecimento, pelo Direito, do conceito de empresa. Com efeito, as obrigações são vinculadas a um sujeito de direito. Assim, a obrigação deveria caber unicamente ao antecessor. A fundamentação da responsabilidade do sucessor baseia-se unicamente no fato que, na realidade, a atividade é exercida por uma mesma empresa e qualquer alteração na estrutura jurídica da mesma é irrelevante.

Assim, novamente, o art. 133 manifesta a existência de uma entidade econômica autônoma, que, apesar de ter sido vendida e adquirida, permanece íntegra, e tanto permanece íntegra que os tributos relativos a ela continuam e são exigíveis da pessoa à qual essa empresa se incorporou.

2.4. A empresa no direito da concorrência

A próxima e quarta manifestação jurídica da empresa ocorre no direito da concorrência¹⁰.

O direito da concorrência é o conjunto de normas visando garantir que, em um determinado mercado, sejam mantidas condições neutras que permitam uma concorrência eficiente entre os diferentes operadores econômicos.

A antiga norma básica do direito da concorrência era a Lei nº 4.137/62, que no art. 6º estipulava o seguinte:

“Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fim lucrativo”.

Essa definição tinha o aspecto positivo do alargamento do conceito de empresa às atividades civis. O artigo ora em questão traduz bem a idéia de que a atividade empresarial é composta por dois grandes ramos: a

atividade mercantil e a atividade civil com conteúdo econômico.

A menção do fim lucrativo da atividade deve ser analisada com critério. Com efeito, é preciso atenuar essa exigência até porque as próprias autoridades encarregadas de aplicar o direito da concorrência consideraram que uma sociedade cooperativa era uma empresa¹¹. Ora, as sociedades cooperativas não têm intuito de lucro, são sociedades civis, mesmo tendo o seu ato constitutivo arquivado na Junta Comercial¹².

É importante também observar que no art. 6º da Lei nº 4.137/62 a empresa, à primeira vista, não aparece como sujeito de direito, mas como objeto de direito. Veja-se que a empresa é explorada por uma pessoa física ou jurídica.

É um conceito radicalmente diferente daquele de empresa pública. Na empresa pública, a empresa tinha personalidade. Na antiga lei de defesa da concorrência, a empresa não tem personalidade. O que nos permite chegar a conclusão – a desenvolver abaixo – que a personalidade jurídica não é elemento essencial para a definição jurídica de empresa.

Porém, na Lei nº 4.137/62, também não é possível classificar a empresa como objeto de direito. Isso porque a empresa figura como o sujeito ativo das infrações às normas da concorrência! Ora, os objetos de direito não podem ter capacidade jurídica. Os objetos de direito não podem ser sujeitos ativos!

Conseqüentemente, é forçoso concluir que, na Lei nº 4.137/62, a empresa manifestava-se como um *tertio genus*, nem sujeito nem objeto de direito.

A atual lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884/94, contém também uma manifestação da noção de empresa. Com efeito, o art. 15 dessa lei estabelece que:

“Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda

que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal”.

O art. 15 é claro. Na definição do destinatário da norma, todos os aspectos jurídicos formais são irrelevantes. Tanto que o art. 15, por si só, é imprestável para definir o destinatário da norma. Na verdade, o alcance da norma é dado pelo art. 20, que define as infrações. E essas infrações decorrem todas do exercício de uma atividade econômica.

Assim, no direito da concorrência, a empresa define-se por dois parâmetros.

O primeiro é dado pelo art. 15, que define a empresa pela negativa. Ou seja, a empresa independe da estrutura jurídica que revestir.

O segundo, o do art. 20, diz que qualquer estrutura jurídica que seja capaz de produzir os comportamentos visados neste artigo será considerada uma empresa.

Ou seja, em termos de legislação de defesa da concorrência, a empresa define-se pelo conteúdo econômico da atividade e não pela forma jurídica adotada.

Tanto assim é que, em aplicação da Lei nº 8.884/94, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica afirmou:

“Constata-se, então, que todas as empresas que participaram das citadas operações pertencem ao Grupo Hansen, estando inclusive três delas sob o controle direto ou indireto da própria incorporadora, Tubos e Conexões Tigre Ltda.

“E, como é conhecido, empresas do mesmo Grupo, por visarem a iguais objetivos, adotam as estratégias do interesse do Grupo, e, por tal razão, não concorrem efetivamente entre si. Enfim, estão submetidas a um controle comum.

“O que ocorreu, nos casos em exame, foi uma reestruturação promovida pelo Grupo, em algumas das suas empresas, objetivando, segundo reite-

radamente informado nos autos, uma racionalização administrativa, através da centralização, na Tigre, de parcelas patrimoniais de outras empresas do Grupo, (...)

“(“...)

“De acordo com os elementos constantes do processo, os atos submetidos ao CADE, pela empresa Tubos e Conexões Tigre Ltda., apenas objetivaram a reestruturação interna ou a reorganização de empresas do Grupo Hansen, obedecendo a razões de interesse do Grupo, sob um controle comum, deles não resultando aumento dos índices de concentração nos mercados de atuação das empresas envolvidas. Não se configuram, pois, como passíveis de prejudicar a livre concorrência”¹³.

Essa decisão demonstra que, no direito da concorrência, o grupo de sociedades constitui a única empresa. Pois só assim é que se justifica a não-aplicação da norma legal. Ou seja, segundo a decisão acima, a composição societária do grupo e o fato de existirem sociedades juridicamente independentes é irrelevante, uma vez que todas exercem uma atividade econômica com um sentido único. Desse modo, apesar de diversas formas jurídicas, há uma única entidade econômica, e, mais uma vez, a atividade prima sobre a forma.

2.5. A empresa no direito do consumo

A quinta manifestação da empresa no direito verifica-se no direito do consumo, por meio da Lei nº 8.078/90, popularmente conhecida como Código do Consumidor.

O art. 3º desse diploma legal define o fornecedor da seguinte forma:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição

ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O ponto manifestamente relevante da definição de fornecedor é, mais uma vez, o exercício de atividade de natureza econômica: a produção, a importação, a distribuição etc. O fornecedor define-se em virtude do exercício dessa atividade econômica.

Os aspectos jurídicos formais são nitidamente acessórios. Tanto que a norma claramente indica que a empresa pode ser pública ou privada, tratar-se de pessoa física ou de pessoa jurídica e ter nacionalidade brasileira ou estrangeira.

Aliás, numa demonstração clara de que a personalidade jurídica não tem importância, a lei admite a possibilidade dos entes despersonalizados serem, ou funcionarem, como empresa.

A aplicação jurisprudencial do dispositivo ora em causa demonstra claramente a conclusão acima. Por um lado, os tribunais já classificaram como fornecedor: uma sociedade de direito privado que realizava atividade de incorporação¹⁴, uma empresa prestadora do serviço de água e esgoto¹⁵, um banco¹⁶, uma empresa administradora de imóveis¹⁷ e até, para efeitos penais, o Prefeito de um Município¹⁸.

No entanto, os tribunais excluíram do conceito de fornecedor: um condomínio nas relações com os seus condôminos¹⁹ e uma cooperativa nas relações com os seus cooperados²⁰.

Ou seja, da jurisprudência resulta tanto a irrelevância da forma jurídica quanto a variedade das atividades que estão incluídas no conceito de fornecedor, ressalvando-se que, nas atividades em que não há acentuado conteúdo econômico, não há fornecedor.

Cabe assinalar que, com relação à noção de empresa, há autores que afirmam que a empresa poderia ser também um consumidor. Trata-se, porém, de uma posição desacertada, porque a empresa não pode ser consumidora, para os efeitos da proteção legal assegurada aos consumidores. A empresa não pode ser consumidora pois a empresa

exerce uma atividade econômica, os bens ou serviços por ela adquiridos são necessariamente vinculados e destinados, ainda que indiretamente, àquela atividade econômica. São bens ou serviços que, direta ou indiretamente, serão repassados para as pessoas com quem ela negocia²¹.

2.6. A empresa no direito processual civil

A sexta manifestação jurídica da empresa encontra-se no direito processual civil.

Com efeito, existe uma menção à empresa no art. 678 do Código de Processo Civil. Esse artigo refere-se à penhora, ao depósito e à administração de empresa. Diz o art. 678 que:

“a penhora de empresa que funcione mediante concessão ou autorização far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores”.

Para melhor compreender o art. 678, é preciso analisá-lo em conjunto com o art. 677. O art. 677 trata dos casos em que a penhora recai sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como sobre sementeiras, plantações ou edifício em construção, hipóteses em que o juiz nomeará um depositário.

O art. 678 parece ser o prolongamento lógico do art. 677, tratando dos casos em que haja concessão ou autorização do Poder Público para a exploração daquele estabelecimento.

Portanto, na concepção do direito processual civil, a empresa se aproxima da figura jurídica do estabelecimento comercial.

Note-se, porém, que o art. 678, não repete as mesmas expressões. Com efeito, o art. 678 em vez de se referir à penhora de “estabelecimento comercial, industrial ou agrícola”, usou a expressão penhora de “empresa”. Portanto, é lógico concluir que a noção de empresa não corresponde à de estabelecimento. Porque senão teria sido usada no art. 678 a mesma expressão do art. 677.

Será então a empresa a pessoa jurídica à qual está ligado esse estabelecimento? Se a solução for essa, criar-se-á uma situação juridicamente absurda, porque a pessoa jurídica é sujeito de direito. Ora, não é possível penhorar um sujeito de direito, pois a penhora só pode recair sobre objetos de direito.

Conseqüentemente, a empresa tem de ser necessariamente alguma coisa diferente, que não seja nem o estabelecimento, nem a pessoa jurídica detentora do estabelecimento.

Na realidade, os art. 677 e 678 traduzem o mal-estar e a inadaptação da empresa aos conceitos tradicionais do direito.

2.7. A empresa no direito constitucional

Finalmente, no direito constitucional, também encontramos uma referência à empresa.

Trata-se do conhecido art. 171 da Constituição da República, já revogado. O art. 171 referia-se à empresa mas, na verdade, não a definia. O art. 171 determinava somente a nacionalidade da empresa e estava assim redigido:

“São consideradas:

“I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

“II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público internos, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria do seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”.

Da redação do art. 171 é manifesto que o vocábulo “empresa” era empregue para firmar dois pontos.

Em primeiro lugar, a palavra “empresa” era utilizada para caracterizar o exercício de uma atividade econômica. Tanto assim, que o art. 171 estava inserido na parte da

Constituição relativa à Ordem Econômica e Financeira.

Em segundo lugar, o objetivo da palavra “empresa” era abranger todas e quaisquer entidades que exercessem uma atividade econômica. Com efeito, nesse artigo poderiam ter sido utilizadas as expressões “sociedade”, “empresa pública” etc. No entanto, preferiu-se recorrer a “empresa”, por ser um termo mais abrangente.

Do exposto, resulta que, no direito constitucional, o conceito de empresa também transcende as estruturas jurídicas tradicionais e que esse conceito está intimamente vinculado ao exercício da atividade econômica.

Na verdade, a idéia que presidiu ao uso da palavra “empresa” no art. 171 da Constituição da República era a designação do exercício de uma atividade econômica na sua mais vasta e mais ampla acepção. Aqui também há uma manifestação da empresa transbordando os limites dos conceitos tradicionais do Direito.

2.8. A empresa no direito societário

Também no direito societário é possível encontrar algumas manifestações jurídicas do conceito econômico de empresa.

Por exemplo, o art. 2º da Lei das Sociedades por Ações estabelece que pode ser objeto da companhia qualquer “empresa” de fim lucrativo não contrário à lei e à ordem pública.

Portanto, o art. 2º adota a empresa como atividade. A empresa é uma atividade econômica, que se estrutura por meio de uma sociedade anônima.

Em particular, note-se que o art. 2º da Lei nº 6.404/76 separa a noção de empresa da noção de fim lucrativo. Nos termos da lei mencionada, a empresa pode não ter um fim lucrativo. Tanto assim que o dispositivo legal acrescenta a expressão “fim lucrativo” após a menção à empresa. Se a empresa tivesse necessariamente um fim lucrativo, o acréscimo seria inútil.

Ainda na Lei nº 6.404/76 existe uma outra manifestação da empresa. Trata-se do

artigo 206, inciso I, alínea d). Segundo esse artigo, dissolve-se a companhia de pleno direito pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se um mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte.

O que é interessante observar não é a dissolução, mas a permanência da sociedade durante esse ano. A intenção manifesta dessa permanência da sociedade é a preservação da empresa. A sociedade só não é dissolvida imediatamente quando se verifica a existência de um único acionista porque o intuito é o de conservar a empresa. Ou seja, a norma reconhece que, para além da forma societária, existe uma realidade econômica que merece a proteção do direito.

Portanto, ao ser protegida pela lei, essa realidade econômica passa a ter caráter jurídico. Essa proteção é manifestada por meio da possibilidade de a sociedade anônima permanecer juridicamente viva durante um ano.

Por outro lado, note-se que, ao final desse ano, e sem recomposição da pluralidade acionária, a sociedade se dissolve, acarretando também a dissolução da empresa. A menos que a empresa seja vendida, e aí poder-se-á retornar à situação do art. 133 e do art. 132, parágrafo único, do CTN, acima comentada, em que a empresa vai continuar, mas sob uma outra estrutura jurídica.

Esse dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas tem sido aplicado, por analogia, às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por meio de farta jurisprudência, em caso de morte de um dos dois únicos sócios. E, nessas decisões judiciais, tem ficado ainda mais evidente a existência de uma empresa, por detrás da estrutura societária. Vejam-se alguns exemplos:

“Sociedade limitada, constituída de dois sócios. Deferimento da dissolução parcial com a apuração exata dos haveres do sócio falecido, sem prejuízo da continuidade da empresa pelo sócio sobrevivente”²².

“Embora tratando-se de sociedade comercial composta de dois sócios,

a morte de um deles não leva à dissolução plena, mas simplesmente parcial, porquanto deve prevalecer a tendência moderna da preservação da empresa, no resguardo do interesse público, e não a prevalência da vontade individual do sócio ou de seus herdeiros. Mesmo que no caso concreto se esteja favorecendo quem jamais colaborou para o engrandecimento da empresa, impõe-se a solução, que consulta o interesse mais relevante: a preservação da empresa”²³.

Essas decisões evidenciam que, para além da sociedade e dos sócios, existe uma outra realidade que merece proteção por parte do Direito e que é a empresa.

Há ainda uma outra manifestação da empresa no direito societário. Trata-se do art. 335, nº 5, do Código Comercial.

Segundo essa disposição, dissolve-se a sociedade pela vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado. Mais uma vez, o importante não é a dissolução da sociedade, mas uma construção jurisprudencial segundo a qual o sócio não tem o direito de dissolver totalmente a sociedade.

Nesse sentido são os seguintes acórdãos, inclusive do Supremo Tribunal Federal:

“É inadmissível a dissolução das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, por iniciativa do sócio minoritário inconformado, quer por força do art. 335, V, do Código Comercial, quer com fundamento no art. 336, III, do mesmo Código”²⁴.

“A melhor doutrina e a jurisprudência mais recente dos Tribunais revelam, principalmente, a preservação da empresa que não pertine só à sociedade e aos sócios, mas a inúmeras pessoas, para as quais gera empregos e outros negócios. A dissolução parcial da sociedade, na qual se garante ao sócio remanescente, quando constituída por apenas dois sócios, recompor a empresa com admissão de outro só-

cio cotista ou ainda que como firma individual, assegurando-se o recebimento cabal, pelo retirante, dos haveres que lhe são devidos, compatibiliza-se, em verdade, com o interesse social”²⁵.

“Conhecida é a divergência, na doutrina e na jurisprudência, a respeito de poder ou não permanecer uma empresa, temporariamente, com um único sócio, por motivo de retirada de outro ou outros, especialmente de forma imotivada. Nos últimos tempos, a corrente de julgadores que responde positivamente a essa indagação é crescente, na trilha do pensamento de que se sobrepõe o interesse social da sobrevivência da empresa ao interesse particular dos sócios. A firma permanecerá, possibilitando ao sócio remanescente a aceitação de outros, podendo-se anotar situação assemelhada admitida pela anterior lei das sociedades anônimas, que concedia prazo para regularização da empresa e ainda o tratamento fiscal que se dá em tais situações”²⁶.

A solução jurisprudencial está inspirada na intenção de preservar um bem existente, uma realidade jurídica, que é a empresa. Há aqui, portanto, uma manifestação da empresa, merecendo a proteção jurídica do Código Comercial.

Assim, em razão da existência da empresa, a jurisprudência mitigou o alcance do art. 335, nº 5, estabelecendo que o direito do sócio restringe-se a pedir a sua retirada da sociedade (aquilo que é impropriamente denominado “dissolução parcial da sociedade”). A retirada opera-se com a apuração dos haveres do sócio retirante, continuando a sociedade com os sócios remanescentes, pois a empresa em si mesma permanece inalterada.

2.9. A empresa no direito falimentar

No direito falimentar, encontra-se um caso clássico de manifestação de empresa: é a massa falida.

A massa falida não tem personalidade jurídica²⁷. No entanto, a massa falida pode reclamar direitos²⁸. O síndico é representante da massa falida, mas não age em nome próprio. A Lei das Falências, no art. 59, e o CPC, no art. 12, inciso III, estabelecem a apresentação da massa falida pelo síndico.

Há aqui uma construção jurídica interessante, semelhante à do condomínio, em que existe uma entidade que é titular de direitos e deveres. A massa falida, por exemplo, tem empregados, deve impostos, deve água, deve luz, estabelece contratos. No entanto, a massa falida não existe juridicamente enquanto sujeito de direito.

Nem se pode afirmar que a representação jurídica da massa falida é feita por meio da sociedade, pessoa jurídica e sujeito de direito, que faliu. Apesar da opinião de alguns autores em contrário, é equivocado afirmar isso na medida em que o art. 21 do Código Civil taxativamente estabelece que se extingue a personalidade jurídica com a dissolução da sociedade. Ora, o art. 333, nº 2, do Código Comercial determina a dissolução da sociedade em razão da sua falência.

Ainda no campo do direito falimentar, o Projeto da Lei das Falências²⁹ adota claramente o conceito econômico de empresa.

Por exemplo, o art. 1º estabelece que:

“Esta lei institui e regula a recuperação e a liquidação judicial das pessoas jurídicas e físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada”.

Esse artigo faz uma clara referência à empresa. O elemento relevante do dispositivo legal é indiscutivelmente o exercício de uma atividade econômica de forma independente.

Mais adiante, o Projeto dá a dimensão dos interesses que gravitam à volta da empresa, ao afirmar, no art. 49:

“A recuperação é um instrumento destinado a sanear a atividade devedora, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma,

a realização de sua função social, admitida, por isso, a livre negociação dos seus interesses entre as partes envolvidas”.

Finalmente, o Projeto, ao indicar, no art. 54, como medida de recuperação da empresa a alteração ou substituição dos seus sócios controladores, está a marcar claramente a separação entre empresa e sociedade. A proposta é no sentido de que a empresa transcende os seus “proprietários” e não pode ficar vinculada àqueles que causam a sua ruína. Se os resultados econômicos forem desfavoráveis, é necessário preservar a empresa, afastando-se dela o anterior titular, se necessário for.

Ou seja, o intuito é claro: permitir que aquele conjunto ou entidade que vinha exercendo uma atividade econômica continue a fazê-lo, sob a direção de outras pessoas, talvez mais diligentes ou mais hábeis.

3. Os contornos da noção jurídica de empresa

O objetivo do exame de todas essas manifestações é tentar delinear os contornos de um conceito jurídico de empresa. Ou seja, é tentar dar identidade própria à empresa no Direito.

Como visto acima, a adoção de um conceito jurídico de empresa já foi discutida na doutrina, tendo sido apresentadas soluções diferentes.

Alguns foram contrários ao reconhecimento de um conceito jurídico de empresa. O fundamento apresentado é que o conceito de empresa não tem qualquer função no Direito e que os conceitos atuais bastam à regulamentação das atividades econômicas. Para esses autores, se os conceitos de pessoa, de sociedade, de personalidade jurídica e de estabelecimento resolvem todos os problemas jurídicos, a noção de empresa não é precisa para manter a coerência no Direito. Na mesma linha, segundo outros autores, o estágio de desenvolvimento econômico brasileiro não justifica o aparecimento da noção de empresa³⁰.

Há outras opiniões favoráveis ao reconhecimento parcial da empresa pelo Direito. Segundo esses autores³¹, no estágio atual do Direito, o conceito econômico de empresa não pode ser traduzido por um conceito jurídico unitário. Na verdade, o Direito limita-se a atribuir determinadas consequências jurídicas a certos aspectos da empresa.

Na verdade, essa até é a situação atual. Como foi visto acima, há determinados aspectos da empresa objeto de uma apreciação jurídica, nos mais variados campos do Direito. Ou seja, a análise realizada no nº 2 acima demonstra que a norma positiva tem tratado a empresa de forma fracionada. A lei não adotou um conceito geral de empresa, preferindo tratar a questão de acordo com as necessidades de cada situação.

Inobstante, existem outros autores favoráveis a uma percepção jurídica da empresa, como um todo unitário. Entre eles destacam-se Fran Martins, Rubens Requião, Romano Cristiano e Waldirio Bulgarelli.

Fran Martins³² coloca a empresa como o elemento utilizado para o exercício de atividades comerciais. A empresa é subordinada ou dirigida por pessoa física ou jurídica. O conceito adotado por Fran Martins coloca a empresa na categoria dos objetos de direito. Mais ainda, na prática, conduz à identificação entre empresa e fundo de comércio. Ou seja, retira ao conceito de empresa toda a originalidade.

Para Rubens Requião³³, a empresa é o exercício de certas atividades pelo empresário. O empresário é indispensável para dinamizar a empresa. Caso contrário, a empresa fica inativa. Portanto, ao dar importância ao empresário enquanto dinamizador da atividade da empresa, Rubens Requião está automaticamente classificando a empresa na categoria dos objetos de direito.

Tanto a análise de Fran Martins quanto a de Rubens Requião usam os parâmetros tradicionais, ou seja, as regras clássicas que datam do direito romano: a noção de sujeito, a noção de objeto, a noção de relação jurídica.

No entanto, a realidade é que a empresa não se acomoda confortavelmente nessas categorias tradicionais do Direito. Nem faria sentido classificá-la nessas categorias. Classificá-la de acordo com essas categorias é negar ao conceito de empresa um conteúdo original. Se essa originalidade inexistir, o conceito jurídico de empresa é inócuo e, conseqüentemente, é estéril a discussão em torno da adoção, pelo Direito, do conceito econômico de empresa.

Por seu lado, Romano Cristiano³⁴ adota uma posição curiosa. Ao invés de reduzir a comercialidade para dar lugar à empresarialidade, na verdade afirma a extensão da comercialidade para todas as atividades econômicas. No entanto, essa postura apequena o conceito de empresa. A empresa passa a ser fundamentalmente o comerciante “alargado”.

Em contrapartida, Ruy de Souza³⁵ apresenta a empresa como o estabelecimento em atividade, debaixo da representação jurídica do empresário. Essa noção de empresa, se bem que se funde na noção de atividade, acaba por confundir a empresa com os atos de comércio. Por outro lado, o autor não explica em que medida a empresa seria um conceito inovador e qual a sua utilidade prática.

Nesse sentido, o estudo do tema por Waldirio Bulgarelli³⁶ é mais original. Para esse autor, a empresa articula-se fundamentalmente em torno da atividade econômica organizada, sendo que o conceito de empresa é multifacetado. Essa realidade explica-se pelo fato de o conceito de empresa ser um conceito funcional, que visa atender os interesses que em torno dele circulam (interesses dos credores, interesses dos sócios, interesses dos consumidores, interesses dos trabalhadores, etc.). No entanto, Waldirio Bulgarelli não chega a um conceito claro e precisamente enunciado de empresa.

A bem da verdade, ao procurar delimitar o conceito jurídico de empresa, o intérprete tem de se despir de todos os conceitos jurídicos tradicionais. É necessário olhar para a empresa como algo que pode, efeti-

vamente, revolucionar o direito. Ou seja, um conceito que permita a abolição das rígidas noções de sujeito de direito, sociedade e personalidade jurídica. Um conceito que permita melhor traduzir juridicamente a realidade econômica.

Partindo dessa premissa, e usando-se como fundamento a análise realizada no nº 2 acima, procurar-se-á aqui delimitar os contornos do conceito jurídico de empresa.

A aproximação do tema pode ser realizada de duas formas, convergentes. A primeira é por meio do descarte de tudo o que não for comum às manifestações jurídicas da empresa, examinadas no nº 2 acima. A segunda é por meio da identificação do denominador comum a todas as manifestações jurídicas da empresa examinadas no predito nº 2 acima.

Iniciando pelas características que não são comuns às várias manifestações jurídicas da empresa, o primeiro aspecto evidente é a forma jurídica. Com efeito, nos diferentes campos jurídicos, foi possível observar várias manifestações da empresa, empresa enquanto pessoa física, empresa como pessoa jurídica e até empresa como entidade sem forma jurídica definida. Desse modo, conclui-se que a forma jurídica não é elemento relevante na noção jurídica de empresa.

Da mesma maneira, a personalidade jurídica (que é estreitamente ligada à forma jurídica) também não é importante. Nas diversas manifestações de empresa examinadas, constatou-se a possibilidade, por um lado, de existirem empresas sem personalidade jurídica, entes despersonalizados. Por outro lado, verificou-se que tanto a empresa era classificada na categoria tradicional dos objetos de direito, quanto na categoria dos sujeitos de direito. Conseqüentemente, se a empresa tem tamanha elasticidade, é facilmente compreensível que a personalidade jurídica não é o elemento essencial da empresa.

Passando ao exame dos elementos comuns, é possível constatar um denomina-

dor comum, praticamente imutável em todas as manifestações jurídicas da empresa. Esse núcleo comum é a atividade econômica.

A atividade econômica, enquanto núcleo definidor da empresa no Direito, assenta em dois elementos. O primeiro é o exercício de uma atividade econômica contra remuneração. O segundo é a independência no exercício dessa atividade econômica.

Passando à análise do primeiro elemento, é preciso frisar que a atividade econômica enquanto critério definidor da empresa não implica o intuito de lucro. Com efeito, foi visto que, em determinados ramos do direito, não se mencionava o intuito de lucro, ou seja, este não era considerado fator importante dentro da empresa.

Contudo, se não se exige o lucro, a existência da atividade econômica impõe a existência de uma remuneração. Aliás, a remuneração é ponto indispensável para a caracterização da atividade econômica. Se a atividade é exercida contra uma remuneração, essa atividade é econômica, mesmo que não vise o lucro. É o caso da empresa pública, por exemplo, quando presta o serviço de telefonia rural. O custo da instalação da linha nas unidades habitacionais dispersas no campo não pode ser recuperado pela cobrança do serviço prestado. O serviço é prestado contra remuneração, mas esta é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de operação. São as atividades, mesmo praticadas sem o intuito de lucro, em que haja uma contrapartida econômica que definem a empresa e são o primeiro do seu conceito jurídico.

O segundo elemento importante da atividade econômica da empresa é a independência. Ou seja, sempre que a atividade for exercida sem independência, não há uma empresa. Por exemplo, nos grupos societários, não há várias empresas, mas há uma única empresa, uma única entidade econômica.

Desse modo, constata-se que o Direito integra a empresa como um conceito de conteúdo particular. A empresa seria a atividade

de econômica, portanto, a atividade exercida contra uma remuneração e de forma independente. Esse seria o perfil do conceito de empresa no Direito.

4. Conclusão

Conforme exposto acima, constata-se que, na realidade, o Direito já integra o conceito econômico de empresa.

Mais ainda, constata-se que o conceito econômico de empresa não se confunde com os conceitos jurídicos tradicionais.

Na verdade, o conceito jurídico de empresa representa uma nova forma de o Direito apreender a realidade, em particular a realidade econômica.

Um exemplo, tirado do direito da concorrência, basta para demonstrar essa conclusão. Imagine-se que, em um determinado mercado, coexistem cinco sociedades, com os atos constitutivos registrados na Junta Comercial. Cada uma dessas sociedades detém 20% do mercado. Dessas sociedades, quatro são controladas pela mesma pessoa física. Porém, uma vez que cada uma dessas sociedades é dotada de personalidade jurídica, a análise da realidade, de acordo com os critérios jurídicos tradicionais, implicaria a conclusão que se trataria de um mercado altamente concorrencial entre empresas juridicamente independentes.

No entanto, aplicando-se à espécie o conceito jurídico de empresa, fácil seria compreender que se trata na verdade de um mercado em que existe um concorrente em clara posição dominante, controlando praticamente todo o mercado.

Deste modo, por meio da utilização do conceito jurídico de empresa é possível melhor apreender a realidade. Ou seja, a utilidade e funcionalidade do conceito jurídico de empresa é a de permitir uma melhor adaptação da norma ao fato e, portanto, uma melhor eficácia da norma.

O presente texto não pretende ser conclusivo. Na verdade, caberá, a partir desta contribuição, identificar e precisar outras si-

tuações de funcionalidade do conceito jurídico de empresa, tal como aqui delineado.

Notas

¹ Esse aspecto, contudo, não afeta a característica mercantil das sociedades, conforme estabelece o art. 235 da Lei nº 6.404/76.

² Ver, a propósito, CAMPOS, Francisco. Intervenção no VI Congresso Jurídico Nacional. in: *RDM* vol 5, p. 31, n. 1 e 2.

³ BURROUGH, Bryan e HELYAR, John. *Barbarians at the Gate : The Fall of RJR Nabisco*. Londres: Arrow Books Ltd, 1990.

⁴ Ver, a respeito, o art. 28 da Lei nº 8.078/90 e o art. 18 da Lei nº 8.884/94.

⁵ Acórdão unânime publicado em 27/04/95 da 3ª Turma do TRT da 12ª Região, RO 9.525/93, Rel. Juiz Caetano Rodrigues, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.190.

⁶ Acórdão unânime de 29/03/95 da Seção Especializada do TRT da 4ª Região, MS 94-029370-6, Rel. Juiz João Luiz Toralles Leite, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.274.

⁷ Acórdão unânime de 29/03/95 da 3ª Turma do TRT da 4ª Região, RO 14.569/93, Rel. Juiz Arnaldo Ferreira, publicado na COAD-ADV ementa nº. 70.017.

⁸ Acórdão unânime publicado em 14/08/95 da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 51.504-1-SP, Rel. Min. Américo Luz, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.947.

⁹ Acórdão unânime de 12/08/96 da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Cív. 276.985-2/0, Rel. Des. Sérgio Pitombo, publicado na COAD-ADV ementa nº 75.759.

¹⁰ que, na doutrina brasileira, tem sido impropriamente ou denominado direito “antitrust” (impropriedade que decorre do fato de o direito brasileiro não conhecer a figura do “trust”) ou direito do abuso de poder econômico (pois nem toda a violação de concorrência implica abuso do poder econômico (ex. acordos de preços).

¹¹ V. decisão do CADE de 10.09.87 no Processo Administrativo nº 47, Cooperativa Agropecuária Regional de Rio Bonito Ltda v. Cooperativa Central de Produtores de Leite CCPL, rel. Geová Marcondes Coelho de Souza, pub. no DOU de 15.09.87, Seção I, p. 14.908 e em FRANCESCHINI, José I. Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 173.

¹² Cf. art. 4º da Lei nº 5.764/71.

¹³ Decisão do CADE de 15.03.95 nos Atos de Concentração nºs 07 a 10/94, Tubos e Conexões Tigre, Rel. Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, não publicado.

¹⁴ Acórdão unânime de 12/02/96 da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 80.036-SP, Rel. Min. Rosado de Aguiar, publicado na COAD-ADV ementa nº 74.575.

¹⁵ Acórdão por maioria de 09/04/96 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 8.251/95, Rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, publicado na COAD-ADV ementa nº 76.653.

¹⁶ Acórdão unânime de 25/04/95 da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp 57.974-0-RS, Rel. Min. Rosado de Aguiar, publicado na COAD-ADV ementa nº 70.230.

¹⁷ Acórdão unânime de 14/12/94 da 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 7358/94, Rel. Juiz Gualberto Miranda, publicado no Ementário nº 20/95 do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, no DOERJ de 27/06/95, p. 264, ementa nº 2.

¹⁸ Acórdão unânime publicado em 29/11/96 da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo Criminal de Competência Originária 8.313/8, Rel. Des. Gudesteu Biber, publicado na COAD-ADV ementa nº 76.877.

¹⁹ Acórdão unânime registrado em 23/10/95 da 8ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, AI nº 1.296/95, Rel. Juiz Jayro Ferreira, publicado na COAD-ADV ementa nº 73.861.

²⁰ Acórdão unânime de 26/03/96 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, Ap. Cív. 25.768-3, Rel. Des. Amadiz Barreto, publicado na COAD-ADV ementa nº 75.149.

²¹ Nesse sentido, v. COSTA, Pedro Oliveira da. *Código de Defesa do Consumidor: dos sujeitos tutelados pelo código*. in: Informativo Semanal COA-ADV nº 01/97 p. 5.

²² Acórdão unânime de 23/04/85 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, RE. 104.596-5-PA, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado na Lex JSTF 83/194.

²³ Acórdão de 07/12/89 da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ap. Cív. 150.847-2, Rel. Des. Odyr Porto, publicado na RT 651/79.

²⁴ Acórdão unânime de 25/08/81 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, RE. 92.773-5-PR, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado na Lex JSTF 37/105.

²⁵ Acórdão unânime publicado em 19/02/90 da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp. 387-MG, Rel. Min. Waldemas Zveiter, publicado na COAD-ADV ementa nº 48.614.

²⁶ Acórdão registrado em 03/06/88 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. Cív. 3.998/87, Rel. Des. Thiago Ribas, publicado na COAD-ADV ementa nº 41.063.

²⁷ O art. 16 do Código Civil não a inclui entre as pessoas jurídicas de direito privado.

²⁸ V. art. 12, III, do Código de Processo Civil.

²⁹ V. Substitutivo do Relator, Deputado Osvaldo Biolchi.

³⁰ V. a propósito, Campos, Francisco. Intervenção no VI Congresso Jurídico Nacional. in: *RDM* vol. 5, p. 31, n. 1 e 2.

³¹ V. Marcondes, Sylvio. *Questões de Direito Mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8.

³² V. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, n. 13, p. 16.

³³ V. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995, n. 34, p. 56.

³⁴ V. *Personificação da Empresa*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 72.

³⁵ V. *O Direito das Empresas*. Belo Horizonte: 1959, p. 239.

³⁶ V. *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: Ed. Atlas, 3. ed, 1997, p. 126-133 e 180-182.