

O empresário, a empresa e o Código Civil (*)

ARNOLDO WALD (**)

I. A RECENTE EVOLUÇÃO DA EMPRESA

"Uma economia de mercado só pode funcionar corretamente num quadro institucional, político e ético que assegure a estabilidade e a regulação."

MAURICE ALLAIS

"A reforma da empresa é certamente hoje uma das tarefas mais necessárias e também uma das mais difíceis."

PIERRE SUDREAU

"Estou convencido de que a superação da crise capitalista depende tanto de providências econômicas quanto de determinações éticas e políticas, a fim de que não se assista ao drama de um mundo no qual cada novo progresso tecnológico importa em redução nos postos de trabalho, como fria e inexorável consequência da redução do número das máquinas indispensáveis à produção. É possível que tais desequilíbrios possam vir a ser superados graças apenas às leis competitivas do mercado, mas as necessidades vitais dos trabalhadores e de suas famílias não podem aguardar indefinidamente os reajustes espontâneos pregados pelos mentores do neoliberalismo. A bem ver, o que está em jogo não é apenas o bem-estar de milhares e milhares de pessoas, expulsas dos quadros produtivos, mas é o próprio destino da economia capitalista, exigindo sua revisão."

MIGUEL REALE

1. Enquanto o Estado perde uma parte de sua potencialidade, seja em virtude da falta de meios financeiros, seja pela criação de grupos regionais, como o Mercosul, o Nafta e a União Européia, seja ainda pela descentralização administrativa e pela maior autonomia dada às regiões ou às várias unidades que compõem a federação, a empresa se fortalece e se transforma, tornando-se o centro da economia e mudando a sua estrutura interna e externa.

(*) Estudo em homenagem ao Professor MIGUEL REALE.

2. No decorrer do século XX, o espírito associativo se desenvolveu e as empresas não são mais necessariamente individuais ou familiares, abrindo-se o respectivo capital em todos os países, inclusive no Brasil. Por outro lado, empregados e executivos passaram a participar mais ativamente da empresa, numa mudança ligada à profissionalização dos executivos e às novas técnicas de administração, que repercutem na psicologia de comando, que se torna menos autoritário e mais consensual. Na própria gestão e no controle da empresa estabeleceu-se um novo equilíbrio de poderes entre acionistas controladores, minoritários, administradores e empregados. As novas características da gestão, a maior sofisticação das técnicas utilizadas na produção e a progressiva robotização estão mudando o nível educacional, social e econômico dos trabalhadores das empresas mais modernizadas e sua relação com os detentores do capital.

3. Desapareceu o “patrão de direito divino” que sobreviveu até o fim do século passado. A economia democratizou-se e passamos de uma sociedade piramidal, que refletia a organização militar e a própria estrutura jurídica kelseniana, para uma sociedade baseada nas redes ¹ e na comunicação via internet que domina a “era do acesso”.² Surgiu, assim, e passou a dominar o mundo a chamada “governança corporativa”.

4. A revolução empresarial justifica, pois, que a empresa não mais se identifique exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas represente também a sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, ou seja, as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerar como únicos fatores de produção o capital e o trabalho mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe a maior relevância, o saber, ou seja, a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa e na realidade o seu presente e o seu futuro, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria gestão.³

5. A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a sobrevivência da empresa e a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã.

6. Por outro lado, a educação e a formação de empresários, técnicos e trabalhadores permitem o progresso e o desenvolvimento dos países, numa fase em que os fatores mais importantes de crescimento econômico são a

¹ FRANÇOIS OST e MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, *passim*.

² JEREMY RIFKIN, *L'âge de l'accès*, tradução francesa, Paris, Éditions la Decouverte, 2000.

³ É o que assinala PETER F. DRÜCKER nos vários livros nos quais estuda a evolução da empresa moderna, destacando-se, entre outros, *Innovation and Entrepreneurship*, New York, Harper Business, 1993, p. 107 e seguintes.

organização, o conhecimento e a aquisição da tecnologia. Assim, do mesmo modo que ocorreu uma transformação da função do empresário, houve uma reestruturação ou até uma reengenharia da empresa e conseqüentemente do seu direito.

7. Para o empresário, o ciclo da revolução tecnológica, que se iniciou com a máquina a vapor e se desenvolveu na segunda metade do século XX, com a utilização da energia atômica e a introdução da informática, provocou uma verdadeira terceira Revolução Industrial, com repercussões na economia, nas relações humanas e na própria estrutura da empresa. A globalização, a velocidade crescente dos fatos econômicos, a volatilidade das moedas, a incerteza generalizada quanto ao futuro ⁴, a multiplicação, em progressões geométricas, das operações permitidas pelo uso do computador exigem do *manager* contemporâneo que tenha um espírito empresarial. Ou seja, deve ser um organizador de sua equipe, do seu tempo e da produção e ter a compreensão exata e dinâmica dos interesses da empresa, dos seus empregados e das necessidades do mercado interno e externo.

8. Tivemos, na história da empresa moderna, várias fases sucessivas que ocorreram em períodos distintos nos diferentes países. Em primeiro lugar, tivemos a identificação do principal detentor do capital com o presidente e administrador da empresa. Posteriormente, surgiu uma crescente delegação, em virtude da qual o comando empresarial passou à "tecnoestrutura" formada pelos executivos, numa fase na qual as empresas impunham os seus produtos aos consumidores. Mais recentemente, os acionistas retomaram parte do poder, chegando, em alguns casos, a destituir os profissionais, ao mesmo tempo em que se firmava a posição dos consumidores protegidos por uma legislação própria. Atualmente, parece que estamos chegando a uma fase de equilíbrio entre os vários poderes: acionistas e executivos, empresas e consumidores.

9. É, pois, na empresa que se devem conciliar, hoje, os interesses, aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. E, aliás, o constituinte definiu os princípios básicos para que a convivência adequada dos vários grupos sociais possa realizar-se, no interesse comum, tanto no presente como em relação ao futuro, em todos os seus aspectos, tanto econômicos, como sociais, que, aliás, se interpenetram uns com os outros. ⁵

10. Uma vez ultrapassada a concepção do Estado-Providência, com a falência das instituições de previdência social e a redução do papel do Estado nas áreas que não são, necessária e exclusivamente, de sua competência, ampliasse a missão da empresa, como órgão intermediário entre o Poder Público e o Estado. É ela a criadora de empregos e a formadora de uma mão-de-obra

⁴ JOHN KENNETH GALBRAITH, *A era da incerteza*, tradução brasileira, 3ª ed., São Paulo, Livraria Pioneira, 1982.

⁵ Artigos 171, 173, 175, 176 a 179 da Constituição de 1988, que se referem à empresa.

qualificada, produtora de equipamentos mais sofisticados, sem os quais a sociedade não pode progredir, bem como a interlocutora ágil e dinâmica que dialoga constantemente com os consumidores dos seus produtos e com o Poder Público.

11. Ainda em meados do século passado, a doutrina francesa já salientava tanto a importância da empresa como a necessidade de sua reforma.

12. Assim, PIERRE SUDREAU escreveu que:

"I - L'Entreprise est l'instrument du Progrès Économique et Technique.

L'entreprise est la cellule de base de toute économie industrielle. En économie de marché, c'est en effet au niveau de chaque entreprise que s'effectuent la plupart des choix qui commandent le développement économique: définition des produits, orientation des investissements et répartition primaire des revenus.

Ce rôle moteur de l'entreprise est bien l'un des traits dominants de notre modèle économique: par son pouvoir de proposition, l'entreprise est à la source de la création constante de la richesse nationale; elle est aussi le lieu de l'innovation et de la promotion.

L'Entreprise, principal agent de l'expansion.

L'entreprise constitue le cadre de la production. C'est en elle que se combinent capital et travail. Elle s'efforce de répondre de façon optimale aux indications du marché. Elle choisit ses produits en conséquence; elle développe ses investissements en vue d'acquiescer une part accrue de la production. A cette fin, elle cherche constamment à augmenter sa productivité et à réduire ses coûts. Ce processus a engendré dans l'économie occidentale une expansion spectaculaire dont on connaît les résultats: augmentation du pouvoir d'achat salarial, diminution de la durée du travail, élévation générale du niveau de vie." ⁶

⁶ PIERRE SUDREAU, *La réforme de l'entreprise*, Paris, Documentation Française, 1975, pp. 17 e 18.

13. Por sua vez, FRANÇOIS BLOCH LAINÉ defendia a criação de uma democracia industrial, sustentando que:

"... l'entreprise est un lieu d'élection pour réussir les conciliations dont nous ressentons la nécessité et dont nous avons commencé l'expérience. Qu'il s'agisse de combiner la planification et les mécanismes du marché; la liberté d'entreprendre et l'exclusion du gaspillage; la recherche du profit et le service du bien commun; la compétition et la loyauté; l'égalité des chances et les droits tirés de l'héritage; l'autorité des dirigeants et le contrôle de leurs actes ... les solutions éviteront plus sûrement l'abstraction et l'imprécision si nous les construisons à partir de l'entreprise, cellule de l'économie concrète, microcosme social." ⁷

14. Atualmente, tanto na Europa como nos Estados Unidos, advoga-se uma evolução do capitalismo que dê a primazia à empresa, fazendo prevalecer os seus interesses a médio e longo prazos sobre os de cada um dos vários grupos nela integrados ou interessados, que geralmente tendem a pensar no curto prazo e de modo mais egoístico e individualista. Inspirados em parte no capitalismo alemão, japonês e suíço, em oposição ao norte-americano, autores tão diferentes como o economista do M.I.T. (de Boston) LESTER THUROW ⁸, o patriarca dos estudos de *management* PETER DRÜCKER ⁹, o sociólogo MICHEL ALBERT ¹⁰ e o empresário JEAN PEYRELEVADE ¹¹ defendem o fortalecimento institucional das empresas, considerando-as como as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, cabendo ao Estado a função de catalisador de um ambiente propício ao desenvolvimento do espírito empresarial.

15. PETER F. DRÜCKER apontou os problemas específicos da empresa, na fase atual da crise mundial, mostrando as suas dificuldades no seu livro *Managing in Turbulent Times* ¹², acrescentando, em entrevista recente, que o administrador deve saber que as coisas nunca mais serão como antes, cabendo-lhe aproveitar, de modo adequado, os dados fundamentais da empresa, redefinir a sua política de crescimento e abandonar as áreas não rentáveis. ¹³

16. Dentro da mesma ótica, YVES DUNANT, escrevendo a respeito do espírito empresarial ¹⁴, lembra que, no quarto do século que vai de 1950 a 1975, os

⁷ FRANÇOIS BLOCH LAINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, Paris, Éditions du Seuil, 1963, p. 13.

⁸ LESTER THUROW, *Head to head*, New York, Warner Books, 1992.

⁹ PETER F. DRÜCKER, *The frontiers of management*, New York, Harper & Row, 1986.

¹⁰ MICHEL ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991.

¹¹ JEAN PEYRELEVADE, *Pour un capitalisme intelligent*, Paris, Bernard Grasset, 1993.

¹² PETER DRÜCKER, *Administração em tempos turbulentos*, tradução brasileira, São Paulo, Livraria Pioneira, 1980, p. 135.

¹³ PETER DRÜCKER, "Além da revolução da informação", in *Management*, nº 18, p. 55.

¹⁴ YVES DUNANT, "De l'esprit d'entreprise", in *Ordo et Libertatis*, livro em homenagem ao Dr. GERHARD WINTERBERGER, Berna, Verlag Stampfli, 1982, p. 218 e seguintes.

empresários puderam viver num mundo de relativa racionalidade e previsibilidade, no qual a sua atuação no passado permitia extrapolar o futuro. As eventuais incertezas decorriam das posições dos concorrentes e da evolução da demanda no mercado, mas os fatos externos pouco influenciavam a vida empresarial. Assim, as estruturas internas cresciam, tornavam-se mais pesadas e complexas, criavam a sua burocracia e havia como planificar a médio e longo prazos. O *management* fundamentava-se em conceitos que o estruturavam, como a administração por objetivos ou por participações, permitindo, em geral, uma ampla delegação. Havia, pois, para a empresa, um mundo de relativa segurança e estabilidade que lembra o que existia, no campo político, no fim do século XIX.

17. Já agora, lembra DUNANT, a partir do último quarto do século XX, estamos diante de um mundo cuja evolução caracteriza-se pela extrema velocidade, ensejando verdadeira revolução industrial no tocante à tecnologia, à economia e às próprias relações humanas. Por outro lado, a vida empresarial passou a depender direta e constantemente de fatos exógenos.

18. Assim, o planejamento empresarial deve admitir a ocorrência de futuros alternativos, com vários cenários, prevendo-se a necessidade de reciclagem. Enquanto, no passado, bastava que o empresário conhecesse o mercado no qual atuava, hoje, cabe-lhe acompanhar o mundo externo, em tudo que pode interferir, direta ou indiretamente, na produção ou comercialização, abrangendo a política monetária e fiscal e até as relações internacionais.

19. Até agora, o homem conseguiu aumentar, de modo infinito, a velocidade, a pressão e o calor, alcançando, com a fusão nuclear, um nível que corresponde ao que acontece no interior de uma estrela. Passamos, doravante, a assistir a uma nova fase da história, na qual a economia organiza-se em torno da informática.

20. Poderemos até ter, durante algum tempo, como aliás ocorre hoje, a subsistência paralela de duas economias, uma delas clássica ou convencional, utilizando mão-de-obra e energia no sentido tradicional, e a outra, nova e pioneira, baseada na informática. Essa duplicidade de economias, que justifica a existência dos "Dois Brasis", aos quais aludia JACQUES LAMBERT¹⁵, lembra a fase na qual, ao lado dos primeiros barcos a vapor, que, desde o início do século passado, navegavam no Rio Hudson, os grandes veleiros continuavam a transportar pessoas e mercadorias, sendo considerados competitivos até às vésperas da Primeira Guerra Mundial.

21. À transformação da economia corresponde um novo tipo de empresário, que, além de ter o espírito empresarial, deverá ser um *manager*, um organizador da produção e da comercialização, numa fase em que adquire caráter multinacional. A complementação crescente dos recursos dos países em vias de desenvolvimento e dos países já totalmente industrializados está levando a

¹⁵ JACQUES LAMBERT, *Os dois Brasis*, tradução brasileira, 12ª ed., São Paulo, Ed. Nacional, 1984.

uma nova concepção do empresariado, que deverá ter dimensões necessariamente multinacionais.¹⁶

22. As próprias qualidades básicas do empresário sofreram modificações. Não lhe bastam, como outrora, a racionalidade e a audácia; ainda precisa ter a intuição e a ponderação. Exige-se que seja um administrador eficiente e um hábil negociador, dominando as técnicas da informação e da comunicação.

23. Na realidade, o industrial e o comerciante do nosso tempo pertencem a um conjunto de forças no qual não mais se distingue o econômico do social. Por outro lado, o cultural reage constantemente sobre o técnico e o muro que separa a usina da vida vai desaparecendo, rapidamente, com o decorrer do tempo.¹⁷

24. A evolução da empresa constitui, na realidade, um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o Município e as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra.

25. Na realidade, a grande empresa contemporânea representa uma mudança não só quantitativa, mas qualitativa, quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado. A nova dimensão que, a partir dos meados do século passado, adquiriram as multinacionais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista importou criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social. Trata-se de entidades que, pelo seu tamanho, pelo seu faturamento e pela diversificação de suas atividades, atingiram e chegaram, em alguns casos, a ultrapassar a importância dos próprios Estados soberanos, como bem salientou o jornalista ANTHONY SAMPSON.¹⁸

26. Podemos reconhecer, assim, que entre as várias transformações básicas que está sofrendo a empresa contemporânea destacam-se as seguintes:

a) a sua integração na economia internacional, em particular nos blocos regionais, mas também as relações comerciais com os países os mais longínquos;

b) a substituição da empresa isolada pelo grupo empresarial, pelo conjunto de sociedades que se unem pelo controle ou pela coligação, sem prejuízo de alianças estratégicas de grupos, mediante *joint ventures* ou parcerias, que, muitas vezes, reúnem até, para fins específicos, os concorrentes, que se consorciam para

¹⁶ PETER DRÜCKER, entrevista à revista *L'Expansion* n° 223/198.

¹⁷ YVES DUNANT, *ob. cit.*, pp. 327-333.

¹⁸ ANTHONY SAMPSON, *The sovereign state of ITT, USA*, Fawcett Publications, 1974.

melhor atender os interesses dos seus clientes ou alcançar as dimensões necessárias para a realização de grandes empreendimentos;¹⁹

c) a reformulação do controle das empresas, com a presença de mecanismos de conciliação dos conflitos entre majoritários e minoritários (como as ofertas públicas de compra e a arbitragem), e a maior proteção dada a estes últimos, com a sua representação nos conselhos fiscais e de administração, em virtude de determinações legais, acordos de acionistas ou disposições estatutárias;

d) a presença cada vez maior de consultores, auditores e advogados, a fim de garantir não só a evolução formal da empresa mas a sua melhor *performance*;

e) maior transparência nas decisões societárias;

f) a terceirização crescente de certas atividades secundárias;

g) no Brasil, uma tendência para substituir pelo controle partilhado o controle exercido tradicionalmente, até o fim do século XX, por um único acionista até chegarmos ao controle pulverizado, se possível;

h) a substituição de comando autoritário pelo que se denominou a lógica da responsabilidade difusa, baseada na delegação e no consenso. Enquanto no passado um pequeno número de pessoas sabia, pensava e decidia e a maioria se limitava a executar as ordens, está havendo agora uma inversão dessas proporções, com maior autonomia e responsabilidade de todos, desenvolvendo-se competências próprias e estabelecendo-se uma verdadeira cultura empresarial, ou seja, uma escala de valores comum para todos os integrantes das equipes;

i) a atribuição de direitos mais importantes aos acionistas preferenciais, que decorre das recentes normas do direito societário.

27. Na realidade, a empresa não mais se rege exclusivamente pelo direito societário e pelo direito do trabalho, mas está a merecer um direito próprio, o

¹⁹ ARNOLDO WALD, "Sociedades coligadas", in *A nova lei das sociedades anônimas*, Belo Horizonte, publicação da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, 1977, p. 123 e seg.

direito empresarial, com elementos dos anteriormente citados, sedimentados no Código Civil, mas, ainda, abrangendo o direito da concorrência, o direito do mercado de capitais, o direito da engenharia financeira e até o direito da parceria.²⁰

28. Para o jurista, as transformações da empresa ensejam uma verdadeira renovação cultural e técnica, obrigando-o a assumir a função construtiva de rever esquemas tradicionais, renovando-os e construindo novas soluções. Quer seja na relação externa, entre a empresa e o Estado, os fornecedores, os industriais e os consumidores, seja na relação interna, entre sócios e diretores, assembleias, conselhos de administração e empregados, é um direito novo que surge. O das *joint ventures*, dos acordos de acionistas, da participação nos resultados, da terceirização, dos financiamentos internacionais das concessões, da arbitragem e da proteção dos direitos intelectuais. Aliás, no Brasil, desde a última década do século passado, estamos implantando a arbitragem, legislando sobre concessões e admitindo uma ampliação da propriedade intelectual e uma verdadeira renovação do direito societário.

29. A nova estrutura da empresa faz com que o jurista que analisa o direito empresarial, no início do novo milênio, esteja tão longe do causídico dos anos de 1900 quanto o médico, cuja profissão também evoluiu consideravelmente, no mesmo período, em virtude da imprevisível importância que passaram a ter os equipamentos médicos e os remédios que surgiram a partir dos antibióticos, chegando a mudar a esperança de vida do homem. Do mesmo modo, ao operador do direito cabe encontrar as fórmulas jurídicas adequadas para assegurar o fortalecimento da empresa, a sua integração na economia interna e internacional e ter uma visão do seu papel no futuro, não só no curto, mas também no médio e no longo prazos.

30. Ponderou-se que a cada fase do desenvolvimento de um país deve corresponder uma estrutura jurídica adequada, criadora, corretiva e estimulante da atividade econômica, sem permitir as distorções. Um direito excessivamente adiantado em relação às estruturas econômicas, sociais e mentais pode ser tão perigoso quanto um sistema jurídico obsoleto. Os economistas dos países em vias de industrialização consideram, algumas vezes, o direito como um freio à dinâmica do progresso. Mas a criação e a importação de estruturas jurídicas correspondentes a uma fase ainda não alcançada na evolução econômica nacional pode frear o desenvolvimento pelas reações negativas que suscitam na população. Assim, economistas e juristas dos países em vias de desenvolvimento devem colaborar para encontrar as estruturas jurídicas as mais adequadas à fase vigente do crescimento, criando, outrossim, mecanismos flexíveis para permitir sua readaptação constante às necessidades da economia, evitando, todavia, sempre que possível, tanto a inflação legislativa e regulamentar, como a hipertrofia burocrática.

²⁰ ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE M. WALD, *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 27 e seg.

31. Função árdua é assim a do jurista que se dedica a atualizar as estruturas de acordo com as circunstâncias econômicas, as necessidades sociais e os imperativos éticos sem permitir a ocorrência de qualquer hiato, que poderá significar a criação de um nó de estrangulamento no desenvolvimento nacional. A função assim exercida tem como finalidade não apenas o crescimento do país, mas o seu desenvolvimento, que significa a realização ampla do ideal de justiça em todas as suas formas.

32. Assim, no início do terceiro milênio, o jurista deve conviver não mais com o comerciante do passado mas com o empresário que possa ser o empreendedor, o líder que congrega, em torno de si, equipes e utiliza equipamentos para criar riqueza, no seu interesse, mas também e simultaneamente no interesse da sociedade e de acordo com os princípios éticos. Esta é a função da empresa como foi concebida pelo Código Civil.

II. A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL

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

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

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

35. O próprio Código Comercial de 1850 determinou, no seu art. 121, que fossem aplicadas as normas de direito civil aos contratos em geral, com as modificações nele constantes. Por sua vez, o Código Civil de 1916, no seu art. 1364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

36. A vocação no nosso direito pela unificação do direito obrigacional data, aliás, do século XIX, tendo sido defendida por TEIXEIRA DE FREITAS, chegando a conclusões análogas, no início do século XX, INGLÊS DE SOUZA, quando, incumbido de elaborar um novo Código Comercial, fez a proposta de termos um Código de Direito Privado. Civilistas e comercialistas admitem, assim, uma certa superação da distinção tradicional entre as duas matérias, negando a necessidade de códigos distintos para tratar de ambos os temas. Chegou-se, assim, a falar numa relativa “comercialização do direito civil” ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência do “civilismo do direito comercial”.²¹

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

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

39. Finalmente, deixou de existir, em grande parte, a diferença de espírito que fazia do direito civil uma legislação rígida, formalista e essencialmente conservadora, opondo-se à flexibilidade do direito comercial e à ampla autonomia da vontade que se admite tradicionalmente nas operações mercantis. Aliás, é uma constante da evolução do direito, à qual se refere SAN TIAGO DANTAS, a oscilação entre uma legislação privada unificada e a ocorrência de uma espécie de bifurcação, ensejando a coexistência de um direito mais tradicional e de outro inovador. Foi o que aconteceu em Roma, com a criação, ao lado do *jus civile*, do direito pretoriano e do próprio *jus gentium*. O mesmo aconteceu com a relação entre o direito civil e o comercial, nos seus respectivos desenvolvimentos históricos.²² Na maioria dos casos, acaba havendo uma reunificação, com a absorção pelo direito tradicional de parte substancial das inovações e da própria flexibilidade do novo direito, que, por sua vez, se tinha estratificado. Foi o que aconteceu em Roma com a elaboração do *Corpus Juris Civilis* na época de Justiniano. É o que está ocorrendo, agora, no campo das obrigações, entre o direito civil e o direito comercial.

40. No Brasil, assistimos historicamente a uma certa inversão no grau de modernidade, na medida em que o Código Comercial é mais antigo, datado de 1850 e inspirado pela legislação francesa do início do século XIX, enquanto o Código Civil de 1916 constitui uma legislação mais recente, adotando a

²¹ RUBENS REQUIÃO, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 29.

²² SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 1 a 3.

sistemática e alguns dos princípios que constam do Código Civil Alemão (BGB), que entrou em vigor no início do século XX, sendo, pois, em nosso país, o direito civil codificado vigente até 2002 mais atualizado do que o comercial.

41. Quando se cogitou da elaboração de um novo Código Civil em nosso país, o Código Comercial já estava obsoleto há muito tempo. Não havia mais razão para manter um direito classista para os comerciantes e já estava ultrapassado o próprio conceito dos atos de comércio como caracterizando a condição de comerciante, quando praticados reiterada e profissionalmente.

42. Efetivamente, além de se ter dado ao ato de comércio, no campo jurídico, um sentido mais amplo do que o que tem na economia, que o considerou como abrangendo tão-somente a circulação dos bens - e não a sua produção -, a doutrina reconheceu que a sua definição importava verdadeiro círculo vicioso. A doutrina francesa, ao comentar o Código Comercial do seu país, admitiu que se, por um lado, caracteriza-se o comerciante pela natureza dos atos que pratica, por outro, a natureza desses atos depende de quem os pratica.²³

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

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

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

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

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

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

²³ GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, trata, nos nºs 6, 7 e 8 da sua obra, da concepção subjetiva e objetiva dos atos de comércio e da posição do Código Comercial francês.

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

49. A moderna doutrina italiana liderada por ALBERTO ASQUINI admite que a empresa é um fenômeno poliédrico abrangendo quatro facetas que são as seguintes: a) a subjetiva, equiparando-a ao empresário; b) a funcional, como atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades; c) a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada *azienda*; e, finalmente, d) como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores.²⁴

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

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

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

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

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

²⁴ ALBERTO ASQUINI, “Perfis da empresa” (tradução brasileira), in *Revista de Direito Mercantil*, nº 104, p. 110.

a organização ou estrutura estável dessa atividade.

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

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

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de 'ato de comércio' é substituído pelo de 'empresa', assim como a categoria de 'fundo de comércio' cede lugar à de 'estabelecimento'. Consoante justa ponderação de RENÉ SAVATIER, a noção de 'fundo de comércio' é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, 'que é o corpo de um organismo vivo', 'todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção' (La théorie des obligations, Paris, 1967, p. 124).²⁵

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

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

.....

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

²⁵ MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 98-99.

decorrentes.

Art. 971. *O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantís da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro."*

55. O legislador criou, pois, para o empresário rural, a faculdade de sujeitar-se ou não às normas de direito empresarial. A disposição se explica pela atual fase da economia agrícola brasileira.

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

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

58. O art. 1.142 esclarece que:

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

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

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

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

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

62. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, deve obedecer ao disposto no art. 421 do Código Civil e sua sociabilidade significa tanto a democratização e a moralização do governo da empresa quanto a realização de uma conduta

que deve corresponder aos superiores interesses do país e da sociedade.

63. Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

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

"... o legado mais temerário que o século XX deixou ao XXI é, nesse campo, a total incoerência entre um mercado cada vez mais globalizado e o imenso déficit do direito mundial, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais. É esse déficit que deve ser combatido, notadamente pelo aprendizado do domínio desse processo histórico exclusivamente mecânico e fora do controle que é hoje a globalização". ²⁶

²⁶ MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT e MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Arléa, 2002, p. 121.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático de Direito da UERJ, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, Doutor *honoris causa* da Universidade de Paris II, Membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.
