

O empresário e a teoria subjetiva moderna

Shandor Portella Lourenço

Procurador Federal

Ex-advogado da CAIXA

Mestre em Direito Empresarial

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a compreensão das diversas teorias que consubstanciam o Direito Comercial, bem como analisar o empresário, principal figura desse renovado ramo jurídico. Para uma melhor contextualização do tema, promoveu-se o esboço histórico evolutivo das diversas teorias do Direito Comercial e, conseqüentemente, os elementos que caracterizam a figura do empresário. Examinou-se, ainda, os principais aspectos das construções teóricas e normativas acerca da unificação do Direito Privado após a adoção da teoria subjetiva moderna no Brasil. Concomitantemente, dedicou-se especial atenção ao estudo dos princípios axiológicos e valorativos que norteiam a atividade mercantil e, conseqüentemente, sua influência na compreensão do Direito Comercial contemporâneo.

Palavras-chave: Teorias do Direito Comercial. Empresário. Direito Privado. Empresa.

ABSTRACT

This paper focuses the understanding of the various theories that underpin trade laws and analyzes the entrepreneur, the main figure of this new area of law. For a better contextualization of the theme, we promoted the historical sketch of the various evolutionary theories of commercial law and, consequently, the elements that characterize the figure of the entrepreneur. We examined also the main aspects of theoretical and normative about the unification of Private Law after the adoption of modern subjective theory in Brazil. Concurrently, he devoted special attention to the study of evaluative and axiological principles that guide the business activity and hence its influence on contemporary understanding of commercial law.

Keywords: Theories of Commercial Law. Entrepreneur. Private Law. Company.

Introdução

A promulgação do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) representou importante marco histórico para o Direito Comercial no Brasil. A partir desse diploma normativo, sedimentou-se no ordenamento jurídico pátrio a teoria subjetiva moderna (teoria da empresa).

De outra parte, o tratamento legislativo comum do Direito Comercial e do Direito Civil também intensificou o antigo debate acerca da unificação do Direito Privado.

Além disso, a tradicional denominação desse ramo jurídico (Direito Comercial) passou a sofrer duras críticas, sendo abandonado por boa parte da doutrina que passou a adotar a nomenclatura Direito Empresarial, em atenção à indiscutível adoção da teoria da empresa pelo legislador brasileiro.

Nesse contexto, a análise e compreensão da figura do “empresário”, apesar de controvertidas, passaram a ser pressuposto fundamental para a correta interpretação e aplicação dos institutos dessa disciplina jurídica.

No intuito de debater esses novos institutos, o presente trabalho examina a evolução das diversas teorias do Direito Comercial, bem como analisa o empresário, principal figura desse renovado ramo jurídico.

Ressalte-se, por fim, que à margem da discussão sobre a melhor nomenclatura para o ramo objeto do nosso estudo, adotaremos indistintamente ao longo da nossa exposição ambas as denominações (Direito Comercial/ Direito Empresarial), já que estamos convictos de que essa opção não comprometerá os fins a que se destina o presente estudo.

1 Esboço histórico das teorias do Direito Comercial

Ao longo de sua história, o Direito Comercial foi orientado basicamente por três teorias: a teoria subjetiva, a teoria objetiva e a teoria subjetiva moderna. Interessante notar que, assim como ocorreu com essas teorias, a denominação do principal sujeito desse ramo jurídico também sofreu, ao longo dos tempos, diversas mutações.

Na época da vigência da teoria subjetiva, o empresário era chamado de “burguês”, habitante do burgo que era dado à atividade empresarial. Com a ascensão da teoria objetiva, abandonou-se a expressão “burguês” para adotar-se a expressão “comerciante”. Por fim, modernamente, com a vigência da teoria subjetiva moderna, também conhecida como “teoria da empresa”, esse sujeito passou a ser designado de “empresário”.

O Direito Comercial, por sua vez, surgiu na Idade Média. Na chamada baixa Idade Média, a Europa era toda dividida em feudos, o que era altamente contrário aos interesses da burguesia.

De fato, como é sabido, o empresário sempre foi avesso às fronteiras, já que esses limites são altamente inibitórios do comércio. Ao transpor fronteiras, muda-se a moeda, a prática comercial, a legislação e tudo isso impacta o comércio negativamente. Em razão disso, os burgueses passaram a financiar os exércitos reais para que os reis pudessem, através de uma força concentrada, unificar os estados europeus e, assim, impulsionar a dinâmica do comércio.

Perceba-se que, ainda hoje, temos alguns movimentos nesse mesmo sentido. A própria Comunidade Europeia e o MERCOSUL são exemplos do poder de unificação decorrente dos interesses econômicos.

Em contrapartida à ajuda dos burgueses à unificação dos estados europeus, a realeza editava com *status* de lei o regulamento das corporações de ofício. Note-se aqui, mais uma vez, que essa lógica ainda encontra ressonância na realidade moderna. Apenas a título de exemplo, citamos a situação dos bancos credores com garantia real que terão, no curso do processo falimentar, preferência no recebimento da dívida até mesmo se em concurso com crédito de natureza tributária. Essa regra foi deliberadamente ajustada na Lei de Falências – Lei nº 11.101/05 – para favorecer esse grupo econômico específico.

Duas características tinha o Direito Comercial na vigência da teoria subjetiva:

- a) Era um ramo que visava assegurar privilégios à classe burguesa;
- b) Mantinha o oligopólio no exercício da atividade profissional.

Naquela época, de nada adiantaria um determinado profissional saber fabricar sapatos. Para ser um sapateiro, esse indivíduo tinha, antes de iniciar profissionalmente sua atividade, que se matricular na corporação de ofício dos sapateiros na condição de aprendiz. Ingressando nessa corporação, o profissional galgava posições até conseguir uma autorização da Federação dos Sapateiros para exercer sua atividade. Por essa forma, a Federação oligopolizava o exercício das profissões.

A teoria subjetiva vigorou até o advento do Código de Napoleão, que superou essa teoria e introduziu a teoria objetiva, também conhecida como a “teoria dos atos de comércio”.

A teoria dos atos de comércio é uma invenção francesa e sua consolidação se deu, como visto, logo após a Revolução. Assim, para que fosse possível afastar a ideia dos privilégios de classe, foi

necessário superar a lógica que formou o Direito Comercial (teoria subjetiva – defesa dos privilégios de classe), pois esse paradigma, até então vigente, era contrário aos ideais revolucionários.

Por outro lado, sabia Napoleão que o Estado Democrático de Direito também dependia do apoio da burguesia. Percebeu o estadista francês, já naquela época, que são os burgueses que sempre sustentam o Estado, pois é o empresariado que propicia a criação de empregos, diminui a criminalidade e melhora tecnologicamente o país, desenvolvendo novos produtos e serviços. Por essa razão, adotou a teoria dos atos de comércio (teoria objetiva).

Segundo essa nova orientação, foi enumerada em lei uma série de atos considerados importantes para o Estado. E, para a teoria objetiva, aquele que praticasse atos de comércio gozaria dos benefícios da lei mercantil.

Desse modo, a lei mercantil também se destinou a assegurar privilégios não mais exclusivamente ao burguês, mas a qualquer um que praticasse os atos classificados como “atos de comércio”.

Por meio da teoria objetiva, o Estado conservou privilégios a quem lhe interessava, só que de maneira indireta, pois passou a proteger a atividade, e não mais o sujeito da atividade.

A teoria dos atos de comércio, que até hoje se encontra em vigor na França, restou superada no Brasil com o advento do Código Civil de 2002. A nova lei civil efetivamente sedimentou a teoria subjetiva moderna no País.

Hoje em dia, não nos espanta mais a existência de determinados ramos do Direito cuja finalidade precípua é assegurar privilégios a uma determinada classe. Exemplo disso é o próprio Direito do Trabalho. Por esse motivo, o Código Civil abandonou o artificialismo da teoria objetiva e voltou o seu foco para a figura do empresário, como originalmente ocorria no Direito Comercial. Superou-se, entretanto, a característica do oligopólio, universalizando a atividade empresarial.

2 A figura do empresário

O Direito Empresarial não é um ramo desprezível. Ele possui uma jurisprudência axiológica valorativa, ou seja, interpreta as leis mercantis de modo a otimizar a existência do seu objeto.

Cria-se nesse ramo jurídico um verdadeiro cabedal normativo protetor da figura do empresário (lei de falências, marcas e patentes etc), sempre gravitando em torno dessa figura.

Assim como o Direito do Trabalho é um ramo que tem por finalidade e objeto a proteção do empregado, o Direito Comercial

concentra seu enfoque no empresário. De nada adiantaria assegurar diversos direitos, se o ordenamento jurídico não definisse com exatidão o titular desses direitos.

Surge, assim, a partir do art. 966 do CC, os elementos caracterizadores do empresário. A mesma técnica legislativa empregada pela CLT em seus art. 2º e 3º, na compreensão dos elementos fático-jurídicos representantes do empregado, é utilizada pelo art. 966 do CC na definição da figura do empresário.

Os atributos que definem a figura do empresário são os seguintes:

a) Profissionalismo – pessoa natural ou jurídica que exerce com habitualidade, em nome próprio, uma atividade, extraindo dela as condições necessárias para se estabelecer e desenvolver.

Os atos esporádicos de mercancia não caracterizam o profissionalismo. É a habitualidade que adjetivará o ato mercantil de modo a torná-lo hábil a caracterizar o empresário.

Da mesma forma, os atos praticados em nome de terceiros não caracterizam seu executor como empresário. Os empregados (prepostos) não serão empresários porque desenvolvem a atividade comercial em nome de terceiro (o empresário).

Por fim, é necessário deixar claro que as condições necessárias para se estabelecer e se desenvolver, inerentes ao conceito de profissionalismo, são condições de natureza econômica e financeira.

b) Atividade econômica – é aquilo que Borges (1991) chama de *animus lucrandi* (intenção de lucrar). O empresário visa ao lucro.

O elemento que é essencial à caracterização do empresário é a intenção de lucro, e não o lucro propriamente dito, pois, caso contrário, não seriam empresariais as sociedades que tivessem resultado negativo.

c) Organização – esse é o elemento mais polêmico na doutrina. Ainda não se chegou a um denominador comum sobre o que venha a ser organização.

De um lado, há autores como Coelho (2008), Borba (2003) e Negrão (2003) que defendem a ideia de que a organização seria a organização da mão de obra alheia. Seria a mais-valia do trabalho de terceiros. Nesse caso, se o indivíduo não tiver empregados, não será empresário. Coelho (2008, p. 20) chega a citar em sua obra que o camelô não seria empresário porque não contrata mão de obra. Curiosamente, páginas à frente, o mesmo autor cita a sacoleira como exemplo de atividade empresarial.

Verçosa (2004), por sua vez, defende que a organização nada tem a ver com a contratação de mão de obra. Seria, na verdade, a organização dos fatores da produção: capital, trabalho (não necessariamente de terceiros) e atividade.

d) A produção ou circulação de bens ou serviços.

Os serviços que anteriormente eram disciplinados pelo Direito Civil e caracterizavam as sociedades civis passaram a ser objeto do Direito Empresarial.

Essa produção ou circulação de bens ou serviços, como bem observa Ascarelli (1964), deve ser voltada para o mercado. Não pode ser para o mero deleite pessoal, ela tem de ser voltada para o mercado, ainda que nesse mercado haja um único tomador.

3 Dos excluídos do conceito de empresário: o parágrafo único do art. 966 do CC

É de se ressaltar, todavia, que há casos em que, malgrado o indivíduo preencha os quatro requisitos necessários à caracterização de empresário, não será classificado como tal. Referimo-nos ao parágrafo único do art. 966 do CC, *in verbis*:

Art. 966. [...]

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O parágrafo único do art. 966 do CC deliberadamente exclui um determinado grupo de pessoas do conceito de empresário.

Esse dispositivo é muito rico em informações. Para interpretá-lo adequadamente, temos que compreender previamente a unificação do Direito Privado.

Como é sabido, há, hodiernamente, uma corrente que defende a unificação do Direito Privado, tendo o Direito Comercial e o Direito Civil uma disciplina comum, num ramo então denominado "Direito Privado".

O primeiro a propor tal solução foi Teixeira de Freitas. Todavia, a pouca expressão do Brasil no cenário jurídico internacional tornou obscura a sua proposta.

Décadas depois, um italiano, Cesare Vivante, no alto da cátedra de uma aula magna proferida na Universidade de Bologna, defendeu a mesma ideia de Teixeira de Freitas, ou seja, a unificação do Direito Privado. Todos os argumentos favoráveis à unificação do Direito Privado foram opostos por um outro italiano: Alfredo Rocco. Não satisfeito, Vivante foi à tréplica na defesa de sua tese.

Contudo, em relação a um ponto específico da sua defesa, Vivante reconheceu um equívoco de sua teoria. Conforme Rocco havia arguido, há uma fundamental "diferença de estado de espírito" entre esses sujeitos a impedir o mesmo tratamento jurídico.

Vale dizer, há uma substancial diversidade de comportamento ético e moral entre o indivíduo comum e o empresário. Assim, sendo a ética empresarial diferente da ética do Direito Civil, seria inviável um mesmo tratamento normativo.

Conforme lecionam os autores mais clássicos, Mendonça (1937), Ferreira (1960), Borges (1991) e Requião (1993), o Direito Comercial orienta-se por cinco diretrizes: a) pelo princípio do egoísmo; b) pelo princípio do individualismo; c) pelo princípio da onerosidade; d) por ser um ramo, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, em que a solidariedade no contrato presume-se para ampliar a margem de solvência da obrigação; e, finalmente, e) por ser um ramo cosmopolita.

Essas cinco características denotam o motivo pelo qual algumas pessoas são impedidas de serem empresárias, sem que essa restrição implique a inconstitucionalidade da restrição existente (art. 5, XIII, CF/88). A lógica de se impedir alguns indivíduos de serem empresários é a impossibilidade de eles absorverem a ética empresarial. Nesse sentido, jamais poderíamos admitir que juízes, promotores, militares, cléricos, entre outros, pudessem incorporar tais valores.

Compreender, portanto, os excluídos do conceito de empresário (parágrafo único do art. 966, CC) é saber da ética empresarial, pois é ela que orientou a redação desse dispositivo. O parágrafo único do art. 966 do CC criou uma presunção absoluta de que as pessoas ali mencionadas não teriam apreendido os valores inerentes à atividade comercial.

Por essa razão, aqueles que exercem profissão intelectual estão, pois, fora do conceito de empresário, pois a lei presume que essas pessoas não absorveram a ética empresarial.

Coelho (2008, p. 16), em divergência a esse entendimento, cita um exemplo referente a uma clínica médica que merece destaque:

Imagine o médico pediatra recém-formado, atendendo seus primeiros clientes no consultório. Já contrata pelo menos uma secretária, mas se encontra na condição geral dos profissionais intelectuais: não é empresário, mesmo que conte com o auxílio de colaboradores. Nesta fase, os pais buscam seus serviços em razão, basicamente, de sua competência como médico. Imagine, porém, que, passando o tempo, este profissional amplie o consultório, contratando, além de mais pessoal de apoio (secretária, atendente, copeira etc.), também enfermeiros e outros médicos. Não chama mais o local de atendimento de consultório, mas de *clínica*. Nesta fase de transição, os clientes ainda procuram aqueles serviços de medicina pediátrica, em razão da confiança que deposi-

tam no trabalho daquele médico, titular da clínica. Mas a clientela se amplia e já há, entre os pacientes, quem nunca foi atendido diretamente pelo titular, nem o conhece. Numa fase seguinte, cresce ainda aquela unidade de serviços. Não se chama mais clínica, e sim *hospital pediátrico*. Entre os muitos funcionários, além dos médicos, enfermeiros e atendentes, há contador, advogado, nutricionista, administrador hospitalar, seguranças, motoristas e outros. Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Nesse momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa. Mesmo que continue clinicando, sua maior contribuição para a prestação dos serviços naquele hospital pediátrico é a de organizador dos fatores de produção. Foge, então, da condição geral dos profissionais intelectuais e deve ser considerado, juridicamente, empresário.

A crítica em relação ao exemplo do eminente professor paulista gira em torno do seguinte questionamento: como saberemos tecnicamente se a pessoa procurou a clínica em razão do médico ou da sua estrutura? A partir de quantos médicos seria a clínica considerada empresária?

Realmente, não há qualquer lógica técnica na distinção apontada. O próprio parágrafo único do art. 966 do CC deixa claro que os profissionais intelectuais, “ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores”, não serão empresários.

Malgrado essa inconsistência teórica, parece-nos que tem prevalecido na doutrina o posicionamento de Coelho (2008), já que nesse sentido é o Enunciado 194 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

Ressaltamos, por fim, que, se houver um ato intelectual e um ato empresarial, haverá a absorção do ato intelectual pelo ato empresarial. Isso explica porque, como regra, o hospital é empresário e a clínica médica não.

3.1 A ressalva contida no parágrafo único do art. 966 do CC

A redação dada ao parágrafo único do art. 966 do CC cria uma exceção dentro da exceção. Essa ressalva corresponde ao seguinte excerto do dispositivo: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

O primeiro ponto que devemos relembrar é que a empresa não se confunde com o empresário. Empresário é a pessoa natural ou jurídica que contenha as características previstas no art. 966 do CC e não esteja abarcada na exceção prevista no parágrafo único do dispositivo. Empresário é sujeito do direito, ao passo que a empresa é objeto do direito.

Segundo Borges (1991), a empresa corresponde ao somatório de três elementos (fatores da produção): capital, trabalho e atividade organizada para gerar lucro. Há outros autores, como Rocha Filho (1994), que afirmam que empresa seria sinônimo de atividade.

Para a compreensão da exceção contida no parágrafo único do art. 966 do CC, interessa-nos o segundo elemento dos fatores da produção: o trabalho. Se o trabalho intelectual estiver inserido na linha de produção (atividade meio, de suporte), e não na atividade fim, o explorador da atividade será empresário.

Alguns exemplos deixarão a questão mais clara: um cientista que esteja pesquisando a cura da AIDS. Suponhamos que esse cientista esteja desenvolvendo sua atividade numa universidade. Como esse trabalho intelectual pertence à área fim da universidade (produção de conhecimento científico), a atividade não será empresária. De outra parte, se esse profissional estiver trabalhando para uma indústria farmacêutica, resta indubitável que o trabalho do cientista é uma atividade meio da indústria, caracterizando, pois, atividade empresarial, conforme a ressalva contida no parágrafo único do art. 966 do CC.

Da mesma forma, o trabalho do autor em relação a uma editora de livros não descaracterizará a editora como empresária.

Nesse sentido, a ressalva contida no parágrafo único do art. 966 ficaria mais clara se redigida nos seguintes termos: "salvo se o exercício da profissão constituir atividade meio, e não atividade fim da empresa".

Ressalvamos, por oportuno, que, por força do parágrafo único do art. 982 do CC, toda cooperativa será sociedade simples, se não vejamos:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Em conclusão, chamamos a atenção para uma curiosa regra contida no art. 971 do CC:

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

Nesse dispositivo temos a situação ruralista. O ruralista terá um direito de opção: poderá livremente escolher registrar-se como empresário e submeter-se a todo o regramento próprio ou, não querendo, registrar-se como simples no Cartório de Pessoas Jurídicas.

4 A capacidade no direito empresarial

Este tema tem suscitado algumas dificuldades quanto à sua correta compreensão, já que é recorrente a confusão feita entre a pessoa responsável pela administração de uma sociedade e a própria sociedade.

Caso indagássemos ao grande público se Antônio Ermírio de Moraes, famoso administrador de um dos maiores grupos empresariais brasileiros, é empresário, certamente a maior parte das pessoas diria que sim. É de se ver, todavia, que essa resposta está tecnicamente equivocada, pois quem é empresário não é o administrador Antônio Ermírio de Moraes, mas sim a sociedade empresária (no caso, o Grupo Votorantim).

Nos termos do parágrafo 2 do art. 1.011 do CC¹, o administrador da sociedade empresária é mandatário, e não empresário. O administrador da sociedade empresária não se confunde com a pessoa jurídica. Sob esse aspecto, não podemos nos descuidar da terminologia jurídica adequada a tal classificação, pois é necessário distinguir entre a personalidade jurídica da sociedade e a do seu mandatário.

Da mesma forma, a sociedade empresária não se confunde com a pessoa do seu sócio. Este, conforme leciona Coelho (2008), é empreendedor, ao passo que a sociedade é empresária.

Ultrapassada essa questão, fica a dúvida sobre a possibilidade da caracterização do empresário individualmente considerado, na hipótese da chamada "firma individual". Tal situação ocorrerá quando a pessoa natural que não participa de sociedade alguma, mas, usando de sua própria personalidade, atua com os adjetivos necessários à sua compreensão como empresário (art. 966, CC), não es-

¹ Art. 1.011: [...] § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

tando daí excluído (parágrafo único do art. 966, CC). O exemplo clássico de empresário individual é justamente o camelô.

Portanto, quando trabalhamos a capacidade no direito empresarial, temos que distinguir entre a capacidade para ser empresário (p. ex.: camelô) e a capacidade para ser sócio da sociedade empresária.

4.1 A capacidade para ser empresário

A capacidade para ser empresário é obtida aos 18 (dezoito) anos de idade, nos termos do art. 5, caput do CC.²

Nesse passo, o parágrafo único do art. 5 do CC, em seu inciso V, traz importante hipótese de suprimento de incapacidade relativa, vejamos:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

[...]

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Essa hipótese de suprimento de incapacidade do menor entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos surgiu em atenção ao Direito Empresarial, pois a lei presume, nessa hipótese, que o relativamente incapaz absorveu a ética empresarial.

Note-se que, ao constatar que o relativamente incapaz estabeleceu-se comercialmente com economia própria, a lei presume inexoravelmente que esse indivíduo está apto ao exercício regular da empresa.

Temos que atentar, de outra parte, para uma novidade veiculada pela lei de falência (Lei nº 11.101/05). É que a antiga lei falimentar proibia a falência do menor. Anteriormente, o menor poderia se estabelecer empresarialmente, teria suprida sua incapacidade, mas não poderia falir (era pedido juridicamente impossível, vale dizer, vedado pelo ordenamento jurídico).

Desde 9 de junho de 2005, data em que a Lei nº 11.101 entrou em vigor, é permitida a falência do menor, embora continue o mesmo inimputável para os crimes falimentares.

² Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Voltando à questão do suprimento da capacidade do menor, reafirmamos que, conforme o disposto no inciso V do parágrafo único do art. 5º do CC, caso o relativamente incapaz se estabeleça com economia própria, adquirirá capacidade plena. Mas o que ocorrerá se o menor herdar a sociedade empresária?

Trata-se do art. 974 do CC.³ Esse dispositivo responde duas perguntas que eram polêmicas na jurisprudência: a) pode o incapaz, através de seu representante legal, continuar a empresa antes exercida enquanto capaz (na hipótese de incapacidade superveniente)? b) pode o incapaz prosseguir a empresa antes exercida pelo autor da herança?

Em ambos os casos, a lei impõe uma condição: autorização judicial. Tanto no caso de incapacidade superveniente, quanto no caso de o incapaz herdar uma sociedade empresária, caberá ao juiz, ouvido o Ministério Público, avaliar a viabilidade da continuidade do negócio e decidir sobre a autorização respectiva.

No caso de decisão favorável à continuidade do negócio, o juiz mandará que sejam arrolados todos os bens que o incapaz possuir ao tempo da autorização e que não estejam sujeitos aos riscos da atividade empresarial.

O art. 974 do CC cria pela primeira vez no Direito Empresarial o que conhecemos como “patrimônio de afetamento”. Nesse caso, o indivíduo passará a ter dois patrimônios: o afetado, vinculado aos riscos da atividade empresarial e, portanto, passível de ser penhorado ou objeto de garantia do negócio, e, de outra parte, o desafetado, ou seja, o patrimônio que não poderá ser atingido para pagamento das obrigações decorrentes do negócio.

Na primeira hipótese, ou seja, na sucessão em firma individual, o dispositivo não possui muita serventia, pois todo o patrimônio do empresário individual responderá pelos riscos da atividade, exceto os absolutamente impenhoráveis, nos termos da lei civil. Nesse caso, o arrolamento de bens terá função meramente formal.

Já na hipótese de sucessão, o dispositivo ganha maior relevo, pois o patrimônio pertencente ao incapaz até o momento da su-

³ Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. § 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros. § 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

cessão não responderá pelas obrigações decorrentes do exercício da empresa.

Nesse contexto, surge a dúvida se o patrimônio pertencente ao incapaz, no momento da sucessão, continuará a não responder pelos riscos da atividade empresarial no instante em que o incapaz adquirir a capacidade.

Pensamos que não. Vale dizer, no momento em que o menor, v.g., adquirir a maioria civil aos 18 (dezoito) anos, poderá lacrar o estabelecimento e preservar seu patrimônio arrolado no momento da sucessão, ou poderá continuar o negócio, submetendo, a partir daí, todos os seus bens aos riscos do negócio. Essa exegese decorre da certeza de que o intuito da lei é proteger o menor, de modo que, não ostentando mais essa condição, nenhum privilégio recairá sobre o indivíduo agora plenamente capaz.

4.2 A capacidade para ser sócio de sociedade empresária

Conforme já dito anteriormente, não devemos confundir a personalidade jurídica do sócio da sociedade com o próprio empresário, que, nesse caso, será a sociedade, e não o sócio (empendedor).

Superada essa questão, a primeira discussão subjacente ao tema diz respeito justamente à possibilidade de o incapaz ser ou não sócio de sociedade empresária.

Não há mais discussão sobre o tema. Em relação às sociedades anônimas, o incapaz, desde que representado ou assistido, sempre pode ser sócio de uma companhia.

Polêmica maior gravitava em torno das sociedades limitadas. Todavia, essa discussão também já está totalmente superada conforme jurisprudência do STF, inclusive anterior a 1988, e resolução do DNRC (Departamento Nacional do Registro do Comércio). O incapaz pode, pois, ser sócio de sociedade limitada, desde que atendidos dois requisitos: a) não poderá o incapaz ser administrador; b) o capital deverá estar totalmente integralizado.

Em relação à primeira condição, não pairam quaisquer dúvidas, posto que, se não é dado ao incapaz administrar o seu próprio patrimônio, o que se dirá em relação ao de terceiros.

O segundo requisito decorre do fato de os sócios de uma sociedade limitada serem solidariamente responsáveis pelo que faltar à integralização do capital. Desse modo, caso o capital não estivesse totalmente integralizado, estaria em risco o patrimônio do menor.

Outro dispositivo de notável relevância e grande polêmica é o art. 977, CC, *in verbis*:

Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casa- do no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Argumenta-se sobre a constitucionalidade desse dispositivo em face do art. 5, XVII da CF/88 (liberdade de associação), posto que teria criado exceção não contemplada pelo dispositivo constitu- cional. Ultrapassada, contudo, essa polêmica e adotando-se o posicionamento de que o dispositivo constitucional referente às associações não teria aplicabilidade em relação às sociedades, ca- beria-nos indagar qual seria a interpretação mais adequada do dispositivo.

Ora, dúvida não há de que o art. 977 do CC veicula uma exce- ção, cuja interpretação atrai, pois, o método restritivo e gramatical.

Nesse sentido, é de se observar que o artigo prescreve: “facul- ta-se aos cônjuges **contratar** sociedade”, sendo certo que há duas maneiras de se ajustar a vontade societária: pelo contrato social ou pelo estatuto social.

Como o art. 977 do CC refere-se a contrato, esse impedimento limitar-se-ia às sociedades contratuais, não se aplicando a referida vedação às sociedades estatutárias (sociedade anônima e socieda- de em comandita por ações).

Note-se, outrossim, que o dispositivo faz menção a contratar sociedade “entre si ou com terceiros”. Uma leitura apressada do artigo poderia levar à interpretação absurda de que o impedimen- to se caracterizaria mesmo na hipótese de marido e mulher contra- tarem separadamente sociedade (sociedades distintas). Por essa ra- zão, é oportuno dizer que a referida vedação só terá lugar quan- do marido e mulher contratarem a mesma sociedade, vale dizer, a expressão “contratarem entre si” corresponde à sociedade forma- da apenas entre os cônjuges e a sociedade “com terceiros” se daria na hipótese de haver, além do marido e da mulher, um terceiro sócio.

Ressalte-se, por fim, que a vedação constante do art. 977 do CC limita-se apenas a dois regimes de casamento: a comunhão uni- versal ou separação universal.

A intenção do legislador ao vedar a contratação de sociedade aos sócios casados no regime de comunhão universal de bens é justamente prevenir a promiscuidade patrimonial entre a pessoa dos sócios e a própria sociedade.

A segunda proibição, referente ao regime da separação obri- gatória de bens, não mais se justifica em razão do credor, já que a intenção é proteger terceiros no caso de o sócio falecer.

Conclusão

O Direito Comercial sofreu grandes transformações em sua base teórica. A superação da teoria objetiva (teoria dos atos de comércio) pela teoria subjetiva moderna (teoria da empresa) representou importante marco na doutrina comercialista.

Centrando o seu foco na figura do empresário, a renovada disciplina jurídica passa a ser alvo de profundos questionamentos notadamente quanto à correta concepção do seu sujeito.

Nesse sentido, parece-nos adequado conceituar o empresário como aquela pessoa natural ou jurídica que exerce profissionalmente em nome próprio atividade organizada que tenha por objetivo o lucro como fruto da produção ou circulação de bens ou serviços destinados ao mercado.

Necessário ressaltar, nesse passo, que, mesmo que o sujeito preencha os requisitos analiticamente previstos no art. 966 do CC, não será caracterizado como empresário se exercer atividade intelectual de natureza artística, literária ou científica, a menos que essa atividade esteja inserida na linha de produção como atividade de meio (elemento de empresa).

Uma vez classificado como empresário, passará o sujeito a ser plenamente regido por todos os institutos inerentes ao Direito Empresarial, o qual, conforme foi visto, é disciplinado por uma jurisprudência axiológica protetiva do seu sujeito e tendente a otimizar a existência do seu objeto.

Referências

- ASCARELLI, Tullio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Barcelona : Bosch, 1964.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. 5. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MENDONÇA, José Xavier de Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 1.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.1.

ROCCO, Alfredo. Princípios de direito comercial. Campinas: LZN, 2003.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de direito comercial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. v. 1.

VERÇOSA, Aroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

VIVANTE. Cesare. **Instituições de direito comercial**. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.