

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GABRIEL KESTERING WILLE



**A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA – UMA ANÁLISE
SOB O ENFOQUE DA TEORIA DO FATO JURÍDICO**

CURITIBA

2022

GABRIEL KESTERING WILLE

**A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA – UMA ANÁLISE
SOB O ENFOQUE DA TEORIA DO FATO JURÍDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná como requisito à obtenção do título
de bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Luiz Daniel Rodrigues
Haj Mussi

CURITIBA

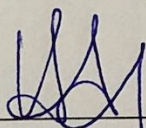
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

a natureza jurídica da empresa: análise sob o enfoque da teoria do fato jurídico.

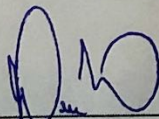
GABRIEL KESTERING WILLE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

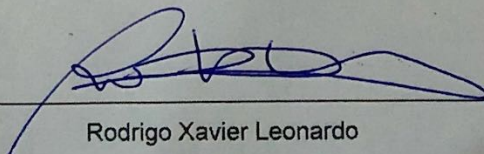


Luiz Daniel Haj Mussi
Orientador

Coorientador



Marcia Carla Pereira Ribeiro
1º Membro



Rodrigo Xavier Leonardo
2º Membro

RESUMO

Trata-se de resposta à divergência teórica acerca da natureza jurídica da empresa. Partiu-se da premissa de que a empresa é sinônimo de atividade empresária. Buscou-se apresentar o tema sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico. Concluiu-se que a empresa é um ato jurídico do tipo ato real, face o seu exercício prescindir de um agir humano cuja volição é irrelevante para a configuração de seu suporte fático. Identificou-se que há distinção entre: i) empresa; ii) finalidade da organização social que pratica a empresa; iii) vontade do sujeito que pratica a empresa; iv) vontade ou finalidade dos integrantes (individualmente considerados) da organização social que pratica a empresa; v) finalidade intrínseca da empresa e vi) objeto social da organização social que pratica a empresa. Ao final, foi feita a distinção entre capacidade para o exercício da empresa e capacidade para ser empresário, bem como se apresentou uma descrição do fenômeno jurídico que se inicia com o “exercício da empresa” e finda (ou não) com a aquisição da situação jurídica simples unissubjetiva do tipo qualificação de “ser empresário”.

Palavras Chave: Empresa. Empresário. Natureza Jurídica. Teoria do Fato Jurídico.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. O CONCEITO DE EMPRESA.....	5
3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO.	9
3.1 OS FATOS JURÍDICOS.....	10
3.2 O ATO-FATO JURÍDICO DO TIPO ATO REAL.....	12
3.3 AS SITUAÇÕES JURÍDICAS.....	13
3.4 AS CAPACIDADES ESPECÍFICAS.....	14
4. A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA.....	16
4.1 A EMPRESA É UM FATO JURÍDICO.....	17
4.2 A EMPRESA É UM ATO FATO JURÍDICO.....	18
4.3 A EMPRESA É UM ATO FATO JURÍDICO DO TIPO ATO REAL.....	19
4.4 O SUPORTE FÁTICO DA EMPRESA.....	21
4.4.1 O ELEMENTO DA ORGANIZAÇÃO.....	22
4.4.2 O ELEMENTO DA PROFISIONALIDADE.....	22
4.4.3 O ELEMENTO DA ECONOMICIDADE – DESTINAÇÃO PARA A PRODUÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS.....	25
4.4.4 EXCEÇÃO LEGAL – ATIVIDADE INTELECTUAL, CIENTIFICA, ARTISTICA OU LITERÁRIA.....	25
4.4.5 O “ELEMENTO DE EMPRESA”	26
5. FINALIDADES, ESCOPO E EMPRESA.....	27
5.1 A FINALIDADE DA EMPRESA.....	27
5.2 A FINALIDADE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL (ESCOPO FIM) E A EMPRESA.....	28
5.3 O ESCOPO DE ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL (OBJETO SOCIAL) E A EMPRESA.....	30
6. A CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA EMPRESA E A CAPACIDADE PARA SER EMPRESÁRIO.....	31
7. DO “EXERCÍCIO DA EMPRESA” AO “SER EMPRESÁRIO”	33
8. CONCLUSÕES.....	34

1. INTRODUÇÃO

Existem poucas monografias no Brasil sobre o tema da natureza jurídica da empresa¹⁻²⁻³. Para além desses textos (monográficos), alguns poucos doutrinadores tratam do assunto de forma profunda ao apresentar a empresa como premissa para o desenvolvimento de outra temática⁴⁻⁵. A maioria se limita a repetir as lições de Ascarelli⁶⁻⁷⁻⁸ ou Asquini⁹.

Não bastando serem raros os trabalhos densos, entre esses há divergência acerca do conceito de empresa e a teoria jurídica mais adequada para a sua classificação. Sem contar que há autores, como Sylvio Marcondes, que chegam a concluir que inexistente um conceito de empresa como categoria jurídica¹⁰. Ou que a ciência do direito não evoluiu a ponto de conseguir explicar a natureza jurídica da empresa, como o faz Waldírio Bulgarelli¹¹.

Desse cenário se extraem mais dúvidas do que certezas. Por esse motivo, o presente artigo foi escrito. O objetivo é contribuir com o debate. Apresenta-se a natureza jurídica da empresa sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico e, ao final, busca-se verificar se há alguma conclusão útil em decorrência do exercício proposto.

2. O CONCEITO DE EMPRESA

¹ BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade*. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985.

² SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa*. São Paulo: Atlas, 2010.

³ WARDE Júnior, Walfrido Jorge. *Teoria Geral da Empresa*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴ MARCONDES, Sylvio. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁶ ASCARELLI, Tullio. *A Atividade do Empresário*. Trad. Sob a direção de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, 2003.

⁷ ASCARELLI, Tullio. *Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa*. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1962.

⁸ ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milão: Giuffrè, 1954.

⁹ ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Trad. Sob a direção de Fábio Konder Comparato. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, 1996.

¹⁰ Afirma o autor: "é de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica." (MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 164.)

¹¹ BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade*. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 208

Por muito tempo os juristas defenderam a necessidade de haver equivalência entre o conceito econômico e o jurídico de empresa¹² – abordagem que gerava dúvidas e imprecisões terminológicas¹³. Foi o italiano Asquini quem melhor delimitou a questão¹⁴⁻¹⁵. O autor identificou na conceituação econômica da empresa 4 perfis jurídicos¹⁶⁻¹⁷: (i) subjetivo, (ii) objetivo, (iii) corporativo e (iv) funcional.¹⁸

¹² Na Itália, assinala Rocco, se formaram entre os comercialistas duas principais correntes de opinião, a propósito da enumeração das várias espécies de empresas constantes do artigo 3º do código comercial de 1882. Para uma primeira corrente, expressa por *Vivante*, o conceito adotado pelo código coincidiria, substancialmente, com o conceito econômico de empresa, de modo que seria comercial, para o artigo 3º, todo ato que se referisse à organização dos fatores de produção. Para a segunda corrente, sustentada por *Arcangeli e Franchi-Pagani*, o conceito jurídico de empresa, em regra, corresponde ao conceito econômico, mas pelo que toca a outras categorias de empresas enumeradas no artigo 3º, não se pode considerá-las como fatores de produção, como acontece, por exemplo, com as empresas de fornecimento, e as de comissões, de agências e de negócios. Em nosso país, o regulamento do código comercial, aprovado pelo decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, no art. 19 § 3º colocou entre os atos de comércio “as empresas de fábricas de comissões, de depósito, de expedição, de consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos”. Na conceituação doutrinária dessas empresas, os escritores nacionais adotaram a opinião de *Vivante*, como se vê na afirmativa de *Carvalho de Mendonça* de que “este conceito econômico é o mesmo jurídico, em que pese a alguns escritores, que os distinguem sem fundamento”. Mas o enxerto, no sistema jurídico, da noção econômica de empresa, não se fez sem dificuldades, nem se revelou apto a solucionar todos os problemas ocorrentes. A verdade é que as várias leis passaram a utilizar o termo “empresa” em diversas acepções, sem cuidar de empregá-lo sempre no mesmo sentido. De tudo isso resulta que não se chegou, no âmbito da teoria dos atos de comércio, a fixar uma concepção unitária de empresa. (BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.)

¹³ HOLZ, Eva; Poziomek, Rosa. **Curso de Derecho Comercial**. 3 ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2016. p. 62

¹⁴ ASQUINI, Alberto (1943). *Perfis da Empresa*. Trad. Sob a direção de Fábio Konder Comparato. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, 1996.

¹⁵ Não se pode deixar de fazer referência à contribuição de *Julius von Gierke*, o qual afirma que a ordem jurídica regula três aspectos essenciais da empresa econômica: 1º em sentido *subjetivo*, a empresa é a atividade do empresário (*Betriebstatigkeit*); 2º em sentido *objetivo*, a empresa é um conjunto patrimonial ao serviço daquela atividade (*Betriebsgeschäft*); 3º em sentido *laboral*, a empresa se identifica com a comunidade de trabalho existente entre os empresários e seus auxiliares (*Betriebsgemeinschaft*). Este último aspecto interessa ao direito do trabalho, enquanto os dois primeiros dizem respeito ao direito mercantil. (BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 26)

¹⁶ Voltando aos perfis da empresa, o que se verifica é que são construções jurídicas instrumentais, mas não fora da realidade, pois estão referidas diretamente às unidades econômicas organizadas, que se afirmam como *fattispecie*, através dos três significados traduzidos em linguagem jurídica, como empresário, empresa e estabelecimento. (BULGARELLI, Waldírio. *A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade*. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 153-154)

¹⁷ Sylvio Marcondes ensina que as quatro feições jurídicas da empresa econômica, perlustradas por Asquini, decorrem de que “apresentando o fenômeno econômico da empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que o mesmo caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário”. (MARCONDES, Sylvio. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1956. p. 145). Por isso, também, Ferri julga mais acertado falar de aspectos jurídicos da empresa econômica, do que de noção jurídica da empresa. (FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 1. ed. Torino: Torinese, 1950. n. 12, p. 25)

¹⁸ ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Trad de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 104, p. 108-126, out./dez. 1996.

O primeiro perfil encontra equivalente jurídico no sujeito de direito; o segundo é o que se denomina como estabelecimento; o terceiro, mais útil à análise das relações de trabalho, equivale ao conceito de instituição; e o quarto perfil é sinônimo de atividade. É esse perfil funcional (atividade), que traduz uma parcela da empresa em sentido econômico, que se denomina, juridicamente, como “empresa”.

Empresa é atividade¹⁹, mais especificamente: atividade empresária²⁰²¹, a qual é espécie do gênero atividade negocial²²⁻²³. Essa última (atividade negocial) se define por ser um conjunto de atos²⁴, coordenados, exercidos profissionalmente e em função de uma finalidade comum²⁵. O que distingue a atividade negocial da atividade não negocial é o elemento da profissionalidade.

¹⁹ A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo “ato”, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico técnico, deve ser nesse particular entendido, ao menos para as pessoas físicas, como equivalente a “negócio” (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma “pluralidade de negócios”, e não puramente de “atos”, que podem se apresentar como coordenada a uma “atividade” e, por isso, elemento integrante desta. (ASCARELLI, Tullio. A Atividade do Empresário. Trad. Sob a direção de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, 2003. vol. 42, n. 132, out./dez. 2003, p. 183)

²⁰ A atividade empresarial aqui entendida como “atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços” (MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 136).

²¹ No mesmo sentido: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina da Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. 1 ed. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil**, 2002. vol. 128, ano XLI (nova série), out./dez. 2002, p. 11-12.

²² No anteprojeto que veio a se converter no vigente Código Civil, conforme observou, com precisão, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “a elaboração da parte relativa ao Direito de Empresas, inserida como desdobramento da disciplina do Direito Obrigacional unificado, foi confiada ao Prof. Sylvio Marcondes, que já elaborara a parte terceira do Projeto de Código das Obrigações de 1964 dedicada aos empresários e às sociedades. Reformulando o texto anterior, deu o redator ao corpo do Código que disciplina as sociedades e o exercício da atividade profissional a denominação de *atividade negocial*, denominação essa que seria substituída, no Congresso, por *atividade empresarial* e, ao depois, por *direito de empresa*, que iria prevalecer no projeto aprovado pela câmara dos Deputados e no Código sancionado. A substituição de denominação “atividade negocial” e a eliminação do artigo inaugural do livro dedicado aos empresários e às sociedades tiraram do anteprojeto a sua contribuição a mais original, ou seja, a noção de *atividade negocial* -- embora esse conceito se mantenha tacitamente preservado como elemento informativo fundamental, permeando os demais dispositivos do Código relativos ao direito de empresa. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 18-19)

²³ Se a atividade for exercida de maneira profissional, será considerada atividade negocial. Se seu exercício não for profissional, será considerada atividade não negocial.

²⁴ A atividade deverá ser apreciada de modo autônomo, independentemente da apreciação dos atos singulares, individualmente considerados. Independentemente da disciplina dos atos singulares, pode ser considerado ilícito o fim perseguido com a atividade, ou pode ser submetido a normas particulares do exercício da atividade. A ilicitude da finalidade, ou do exercício, não exclui a imputabilidade da atividade, mas acarreta aplicação de sanções. (ASCARELLI, Tullio. A Atividade do Empresário. Trad. Sob a direção de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, 2003. vol. 42, n. 132, out./dez. p. 184)

²⁵ Acerca das características inerentes a todas as atividades negociais, explica o Professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França: “Ora, a prática, quando continuamente reiterada, de negócios

As atividades negociais podem ser simples ou empresárias²⁶⁻²⁷. Serão simples quando possuírem natureza intelectual, científica, literária ou artística – salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa²⁸⁻²⁹. Serão empresárias por exclusão: nos casos em que a atividade comercial não seja simples. É o que prevê o artigo 966 do Código Civil:

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

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.

jurídicos, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, na busca de uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugado o exercício coordenado dos atos ou negócios jurídicos, o transubstancia em *atividade comercial*. Como observou Hegel em sua *Ciência da Lógica*, os aumentos quantitativos redundam, muitas vezes, em modificações qualitativas. Contraposta aos negócios jurídicos, encarados como atos isolados, sem nenhum sentido e habitualidade, continuidade finalística e coordenação sistemática, a atividade comercial, dotada de todas as características acima, é erigida no Código em categoria jurídica diferenciada, sujeita a um regime legal distinto, no que concerne desde a capacidade para a sua prática, até o sistema de validade e de efeitos jurídicos que presidem o seu exercício”. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. op. cit., 2013. p. 19)

²⁶ Dispunha o artigo 1º do Anteprojeto de Código das Obrigações (1964): “Este livro regula, sem prejuízo das demais disposições aplicáveis deste código, o exercício da atividade comercial, por empresários, ou por sociedade, tenham estas, ou não, por objeto, o exercício da atividade organizada em empresa”, (Sylvio Marcondes, “Direito Mercantil e Atividade Comercial no Projeto do Código Civil”, in *Ibid.*, p. 19)

²⁷ Sobre o assunto, explica o Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França: “Quer dizer, o exercício da atividade comercial poderia ser desempenhado por profissionais que se organizassem para o exercício habitual de negócios, constituindo a empresa *uma* das formas de tal organização” (*Ibid.*, p. 20)

²⁸ O parágrafo único do artigo 966 do Código Civil excepciona a caracterização da atividade comercial simples nos casos em que “o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. Porém, é importante se ter claro que possuir os atributos “econômico, organizado, profissional para a produção ou circulação de bens ou serviços” não é sinônimo de “constituir elemento de empresa”. As referidas características são elementos de toda atividade comercial. Considerar que a presença desses elementos implica na conceituação da atividade como empresária é um equívoco. Essa premissa torna a letra da lei morta, pois a exceção (*salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*) se tornaria a regra. Por essa razão, para os fins desse artigo: (i) os 4 elementos previstos no art. 966 são considerados como essenciais à caracterização da atividade como comercial; (ii) a atividade comercial possui duas espécies, as simples e as empresárias -- ambas possuindo as 4 características do gênero (atividade comercial); (iii) a atividade será simples quando for intelectual, científica, literária ou artística; (iv) a atividade será empresária quando não for simples ou quando o seu exercício constituir elemento de empresa. (GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. 9 ed. **Direito de Empresa**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 74)

²⁹ O parágrafo único do artigo 966 do Código Civil brasileiro foi inspirado no artigo 2.238 do código civil italiano, o qual previa que: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de atividade organizada em empresa, as disposições do Título II também se aplicam (2082 e seguinte)”. Porém, quando da importação desse artigo para o Código Civil brasileiro, fora realizada a substituição da expressão “atividade organizada em empresa” para “elemento de empresa”. Conforme Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Elemento de empresa, como bem descreve o código civil italiano, é “atividade organizada em empresa”. Ou seja, se uma atividade que não é empresária é organizada em função de um todo empresarial, aquela atividade menor (não empresária) passa a ser empresária (*Ibidem*, p. 75).

Assim, no direito brasileiro, a **atividade** (conjunto de atos organizados em função de uma finalidade comum) **negocial** (econômica e exercida profissionalmente para a produção ou a circulação de bens ou serviços) **que não seja intelectual, científica, literária ou artística é empresa**. Da mesma forma, será empresa se o exercício da atividade negocial simples (intelectual, científica, literária ou artística) constituir **elemento de empresa**.

3. A TEORIA DO FATO JURÍDICO

Desenvolvida pelo jurista Marcos Bernardes de Mello³⁰, a Teoria do Fato Jurídico busca realizar uma análise completa do fenômeno jurídico³¹. O autor distingue o mundo dos fatos do mundo jurídico³², explica a forma de atuação da norma

³⁰ Ressalte-se que o autor sempre afirma que sua grande inspiração para o desenvolvimento da teoria foi a análise e o estudo aprofundado das obras de Pontes de Miranda.

³¹ Na vida dos fatos jurídicos há a considerar três situações distintas: (a) sua criação, (b) a irradiação das consequências que a norma jurídica lhes imputa relativamente à conduta humana em sua interferência intersubjetiva e (c) a efetivação dessas consequências no plano social. Porque cada uma delas tem características específicas, o que as torna inconfundíveis entre si e faz com que constituam, per se, momentos próprios no desenvolvimento do fenômeno jurídico, Pontes de Miranda, cientista do direito que primou por uma terminologia precisa e pelo rigor científico no emprego dos termos e dos conceitos jurídicos, as tratou com especificidade, com denominação e conceituação próprias, a saber: (a) Eficácia normativa, expressão sinônima de incidência da norma jurídica: define o efeito que tem a norma jurídica de juridicizar o seu suporte fático quando concretizado no mundo das realidades, gerando o fato jurídico. É, portanto, prius em relação ao fato jurídico, uma vez que constitui pressuposto essencial condicionante de sua existência. A eficácia normativa se realiza, portanto, na criação do fato jurídico. (b) Eficácia jurídica, diferentemente, designa o conjunto das consequências (= efeitos) imputadas pelas normas jurídicas ao fato jurídico, desde as situações jurídicas mais simples, como os estados pessoais, às relações jurídicas mais complexas, das quais se irradiam direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções às sanções, ônus e premiações, sendo, destarte, posterius em relação ao fato jurídico. Eficácia jurídica constitui decorrência específica e exclusiva de fato jurídico. Essas duas expressões, como se vê, definem situações que se passam na dimensão normativa do direito, portanto, em plano (lógico) de valência, no campo da pura dogmática jurídica. Dizem respeito ao fato jurídico quanto à sua criação e às consequências que lhe são imputadas e que poderá produzir no mundo jurídico. (c) Eficácia do direito (expressão que não é usual na obra de Pontes de Miranda), por sua vez, é usada na literatura jurídica, predominantemente, para designar a efetiva realização da norma jurídica no meio social a que se destina, referindo-se à circunstância de se tornarem realidades aquelas consequências por ela imputadas, hipoteticamente, ao fato jurídico. A locução direito eficaz, no sentido empregado por boa parte da doutrina, inspirada na terminologia kelseniana, define o dado de ser a norma jurídica obedecida, ao menos em um mínimo, pela comunidade jurídica respectiva, que se comporta segundo seus ditames. Trata-se, a nosso ver, de conceito peculiar à dimensão sociológica do fenômeno jurídico. Constitui expressão a que corresponde outra, efetividade do direito, largamente empregada na terminologia do direito internacional público, preferível para evitar ambiguidades semânticas. (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 19-21)

³² Segundo a teoria do fato jurídico, existem dois mundos -- o fático e o jurídico. O primeiro é composto por todos os fatos existentes; o segundo, apenas por aqueles fatos pertinentes ao direito (fatos jurídicos). Esses, recebem tal valoração a partir do momento em que uma norma jurídica transforma um suporte fático (simples ou complexo) em um fato jurídico unitário -- o qual adentra ao plano da Existência Jurídica. A esse fenômeno, dá-se o nome de incidência, o qual cria o fato jurídico -- que se distingue do fato bruto/social que foi elemento integrante de seu suporte fático, bem como do próprio

jurídica³³, a tripartição dos planos³⁴ e classifica as espécies de fato jurídico, bem como os tipos de (in)validades e (in)eficácias aos quais esses estão submetidos.

3.1. OS FATOS JURÍDICOS

suporte fático previsto na norma. Assim, fala-se em 3 momentos pelos quais o “fato” passa até se transformar em “Fato Jurídico”: (I) momentos pré-jurídicos: (I.a) Fato bruto/fato social (sem valoração e sem incidência); (I.b) Suporte Fático: fato já valorado, visto que previsto em uma norma, porém ainda não incidido por ela; e (II) momento jurídico: (II.a) Fato Jurídico: fato resultante da incidência da norma sobre um suporte fático suficiente. (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.)

³³ “O fenômeno jurídico, visto em sua dimensão normativa, desenvolve-se desde a incidência da norma, que juridiciza os suportes fáticos, criando os fatos jurídicos (= eficácia normativa), à final eficácia jurídica, de modo que, esquematicamente, pode ser assim expressado:

norma jurídica
↓ = fato jurídico → eficácia jurídica
suporte fático

Por isso, um estudo do fenômeno jurídico nessa dimensão impõe que sejam considerados os dados a saber: (i) a existência de norma jurídica, com vigência, que faz o traçamento do mundo jurídico, definindo, abstratamente, os suportes fáticos e atribuindo aos fatos jurídicos respectivos a eficácia jurídica própria; (ii) a eficácia da norma jurídica, que é constituída por sua incidência sobre seu suporte fático, juridicizando-o (= criando o fato jurídico); (iii) a verificação da eficiência dos elementos do suporte fático, constatando-se a perfeição dos atos jurídicos *lato sensu* lícitos e da ap-tidão dos fatos jurídicos *lato sensu* de produzirem sua eficácia final.” (Ibid., p. 29)

³⁴ Na vida do fato jurídico é possível que: (a) exista, seja válido e eficaz (exemplo: casamento de duas pessoas capazes, sem impedimento dirimente, realizado perante autoridade investida em poder para casar e competente para tal, havendo registro); (b) exista, seja válido e ineficaz (exemplo: testamento feito por pessoa capaz, com observância das formalidades legais, enquanto vivo o testador); (c) exista, seja nulo e ineficaz (exemplo: doação feita por pessoa absolutamente incapaz); (d) exista, seja nulo e eficaz (exemplo: casamento putativo); (e) exista e seja eficaz (exemplo: nascimento com vida de um ser humano); e (f) excepcionalmente, exista e seja ineficaz (as situações (e) e (f) se referem, exclusivamente, a fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos jurídicos ilícitos *lato sensu*, sendo que a última (f) é aqui mencionada apenas por ser possível de acontecer, uma vez que, em geral, as normas jurídicas não contêm a geração da eficácia dessas espécies de fatos jurídicos: os efeitos se produzem imediatamente após a existência). A constatação dessas possibilidades levou Pontes de Miranda a conceber a estruturação do mundo jurídico em três planos: da existência, da validade e da eficácia, nos quais se desenvolve a vida dos fatos jurídicos, consideradas todas as vicissitudes a que podem estar sujeitos. No plano da existência entram todos os fatos que recebem a incidência juridicizante de norma jurídica. Portanto, concretizado suficientemente o suporte fático, a norma jurídica que o prevê incide e lhe dá entrada no mundo jurídico no plano da existência, sem exceção. Em se tratando de atos jurídicos lícitos, *lato sensu* (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*), esses passam, necessariamente, para o plano da validade, onde será aferida a sua perfeição: se são válidos ou se são inválidos. Sendo válido, o ato jurídico passa ao plano da eficácia, onde, estando apto (porque sua eficácia pode estar diferida para o futuro em razão de condições suspensivas ou termos iniciais), poderá produzir seus efeitos específicos. Do mesmo modo, têm acesso ao plano da eficácia os atos jurídicos nulos a que o ordenamento jurídico atribua certos efeitos (putatividade) e os anuláveis (que produzem, plenamente, sua eficácia até serem desconstituídos ou continuarão a produzi-la se vierem a tornar-se definitivos, por força de convalidação ou sanção). O nulo a que não se atribui eficácia putativa não passa do plano da validade, nele morrendo, por assim dizer. Já os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos ilícitos *lato sensu* vão diretamente do plano da existência ao plano da eficácia, não passando pelo plano da validade. (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 21-23)

Inicia-se a classificação definindo o que é um fato Jurídico³⁵: fato que possui referibilidade ao ser humano³⁶ e que passou pelo processo de incidência³⁷ da norma jurídica³⁸ – adentrando ao mundo jurídico, inicialmente, no plano da existência.

Quanto às espécies de fatos jurídicos, é feita, primeiramente, a distinção entre os fatos jurídicos ilícitos dos fatos jurídicos lícitos. Como subgrupo desses últimos, são identificadas três espécies: (i) fato jurídico *stricto sensu*, no qual o suporte fático³⁹ possui apenas fatos da natureza como elementos de seu núcleo⁴⁰; (ii) ato-fato jurídico, cuja manifestação⁴¹ consciente de vontade é irrelevante para a incidência da norma, ou seja, mesmo sendo um ato humano, juridicamente é tido como um fato; e o (iii) ato

³⁵ Fatos jurídicos, únicos aptos a atuar no mundo do direito, são consequência da incidência da norma sobre o suporte fático suficiente. São, também, considerados a unidade mínima existente no mundo jurídico. (MELLO, Marcos Bernardes de. op. cit. p. 45)

³⁶ Referir-se ao ser humano não é sinônimo de “ter sido praticado pelo ser humano”.

³⁷ “A incidência se caracteriza por ser o efeito da norma jurídica, o qual transforma o suporte fático (simples ou complexo) em um fato jurídico. Para receber a incidência da norma jurídica, o suporte fático deve ser suficiente, ou seja, todos os elementos que estão previstos na norma devem ocorrer. Assim, a suficiência do suporte fático é pressuposto de sua incidência.” (Ibid., p. 145)

³⁸ A norma jurídica, enquanto considerada em si, como um comando da sociedade, não deixa de ser algo abstrato, mas que se refere a uma coisa concreta (os fatos) que, se ocorrer, deverá produzir determinada consequência no relacionamento inter-humano (efeito jurídico). Assim, caracteriza-se por ser uma previsão de uma hipótese em que se estima a ocorrência de certa situação fática. (Ibid., p. 47)

³⁹ Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos. (...) Por aí já se vê, há duas conotações a considerar quando se fala em suporte fático: a) uma que designa a parte do enunciado lógico da norma em que se descreve a situação de fato relevante condicionante de sua incidência (suporte fático abstrato); (b) outra, que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo (suporte fático concreto). (a’) Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como descrito no enunciado lógico da norma jurídica, se dá o nome de suporte fático hipotético ou abstrato, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se vier a ocorrer, dar-se-á sua incidência juridicante. (b’) Ao suporte fático quando já materializado, vale dizer, quando os fatos previstos como hipótese se tornam realidade no mundo fático, denomina-se suporte fático concreto.” (Ibid., p. 86)

⁴⁰ (Ibid., p. 98).

⁴¹ Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de ato jurídico. A necessidade de que o elemento volitivo da conduta seja conhecido das pessoas constitui imperativo de ordem prática, vivencial, que o direito incorpora. A vontade que permanece interna, como acontece com a reserva mental, não serve à composição de suporte fático do ato jurídico, pois que de difícil, senão impossível, apuração. Tudo o que acontece no mundo, ou seja, todos os fatos, dentre os quais se incluem os atos, se apresentam revestindo, sempre, certa forma, qualquer que seja. A simples circunstância de se tornar realidade concreta no mundo importa, necessariamente, ter uma forma. A vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em simples manifestações, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em declarações, que se constituem em manifestações qualificadas de vontade. A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside, assim, no modo como a vontade é exteriorizada. Se alguém lança ao lixo um par de sapatos, manifesta a sua vontade de abandoná-lo (= derrelicção); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, declara a sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta. (Ibid. p. 209)

jurídico *lato sensu*, categoria em que a conduta dotada de manifestação consciente de vontade é essencial para o preenchimento do suporte fático⁴².

Essa última espécie se desdobra em duas subespécies: (i) ato jurídico *stricto sensu*, nos casos em que a manifestação consciente de vontade serve apenas para realizar o ato e a eficácia é legalmente predeterminada e o (ii) negócio jurídico, quando a manifestação consciente de vontade é autônoma para a prática do ato e a escolha das categorias eficaciais dele decorrentes⁴³.

3.2. O ATO-FATO JURÍDICO DO TIPO ATO REAL

Para os fins desse artigo, importa melhor conceituar a espécie do fato jurídico denominada “ato-fato jurídico”. Conforme sublinhado, são os fatos jurídicos praticados por um sujeito, mas cuja manifestação consciente de vontade é irrelevante para a conformação de seu suporte fático. Sobre o assunto, leciona Marcos Bernardes de Mello:

Como a conduta que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica a recebe como avolitiva, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-la. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura destacar a relação essencial que existe entre a conduta humana e o fato que dela decorre.

Há três principais espécies de ato-fato jurídico: (i) atos-fatos jurídicos indenizativos; (ii) atos-fatos jurídicos caducificantes; e (iii) atos fatos jurídicos do tipo atos reais.

Os primeiros (casos de indenizabilidade sem ilicitude, ou sem culpa, segundo a terminologia de Pontes de Miranda), configuram-se naquelas situações em que de uma conduta humana lícita causadora de dano a terceiro, decorre para seu autor ou a ele imputável dever de indenizar⁴⁴.

Os segundos (casos de caducidade sem ilicitude) concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na extinção de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele

⁴² MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 208

⁴³ *Ibid.*, p. 218

⁴⁴ *Ibid.*, p. 199-202

decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no encobrimento somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na prescrição, independentemente de ato ilícito de seu titular⁴⁵.

Os terceiros, atos reais, também denominados de atos materiais, consistem em atos de que resultam circunstâncias fáticas. Nessa espécie é o fato resultante que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-lo⁴⁶.

3.3. AS SITUAÇÕES JURÍDICAS

Somente fatos jurídicos são aptos a gerarem eficácias jurídicas⁴⁷⁻⁴⁸, as quais são classificadas em: i) situações jurídicas: i.) básicas, que se desdobram em: i.a) simples, ou unissubjetivas; i.b) complexas, ou intersubjetivas: i.b.a) unilaterais; i.b.b) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e seu conteúdo de direitos →← deveres, pretensões →← obrigações, ações →← situações de acionado e exceções →← situações de excetuado; ii) as sanções, civis e penais; iii) as premiações; iv) os ônus⁴⁹.

Para os fins desse artigo, importa a conceituação das situações jurídicas básicas unissubjetivas: espécie de eficácia jurídica que diz respeito a apenas uma única esfera jurídica e cujo conteúdo se limita a atribuir a seu titular, apenas, uma qualidade ou uma qualificação no mundo jurídico⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 202-205

⁴⁶ Ibid., p. 199

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 45-49)

⁴⁸ Denominam-se categorias eficaciais todas as espécies de efeitos jurídicos encontráveis no mundo do direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas, às sanções, às premiações e aos ônus, todos são categorias de eficácia jurídica. (Ibid., p. 50)

⁴⁹ Ibid., p. 50

⁵⁰ Ibid., p. 110

⁵¹ O critério metodológico adotado para definir um efeito jurídico como situação jurídica simples, ou unissubjetiva, tem por fundamento, tão somente, a característica de sua referibilidade, direta e imediata, a uma única esfera jurídica, não importando, assim, que à sua base exista direito oponível a todos. Portanto, se a situação jurídica consiste em, apenas, atribuir a alguém qualidade individual ou em lhe conferir qualificação individual, que sirva de suporte fático de normas jurídicas, tem-se que é simples, ou unissubjetiva, mesmo que haja direito subjetivo à sua imposição, em face de sua oponibilidade a terceiros. (Ibid., p. 110)

As situações jurídicas básicas unissubjetivas possuem três elementos que as caracterizam: (a) referibilidade a uma única esfera jurídica⁵²; (b) oponibilidade “erga omnes”⁵³; e (c) impositividade por via judicial (= por meio de ação)⁵⁴.

Referidas situações podem ser classificadas em qualidades e qualificações. As primeiras são protegidas por direito subjetivo⁵⁵, como ocorre, por exemplo, com as qualidades de ser pessoa (ter personalidade de direito) e de ser sujeito de direito (ter capacidade jurídica)⁵⁶. As segundas se consubstanciam nos *status* individuais e são resultantes de capacidades específicas⁵⁷.

3.4 AS CAPACIDADES ESPECÍFICAS

As capacidades específicas instrumentalizam direitos subjetivos, visto que, para que um sujeito exerça um direito é necessário, para além da existência e titularidade do direito, que haja capacidade para o seu exercício (capacidade

⁵² (...) ser solteiro, ser viúvo, ser maior, e assim por diante, que são qualificações. A capacidade jurídica e todas as demais capacidades específicas, que lhe são instrumentais (vide, adiante), também se individualizam no sujeito a que se referem e, em essência, são apenas pressupostos para que seu titular possa inserir-se, como sujeito, em relação jurídica (= capacidade jurídica), possa adquirir ou exercer direitos ou, simplesmente, praticar condutas idôneas a compor suportes fácticos e conducentes a gerar relações jurídicas (= capacidades específicas). (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 114)

⁵³ Mesmo quando se trata de qualificações, a situação jurídica unissubjetiva é oponível a terceiros, de modo que todos os que se relacionam com a esfera jurídica de seu titular devem tratá-lo segundo sua qualidade ou qualificação, respeitando (atendendo) seu conteúdo eficaz. O negar a alguém as prerrogativas (= efeitos) que enchem a situação jurídica unissubjetiva, constitui violação a direito, corrigível por meio de ação. A eficácia da situação jurídica unissubjetiva é sempre erga omnes, uma vez que se irradia perante o alter, e não diante de alguém especificamente. Ser pessoa se impõe a todos, não apenas a César ou a Caio. Não há eficácia relativa precisamente porque do lado passivo do relacionamento não há esferas jurídicas determinadas.” (Ibid., p. 114-115)

⁵⁴ A oponibilidade erga omnes das prerrogativas que constituem o conteúdo das situações jurídicas unissubjetivas implica, como consequência, dotá-las de impositividade, inclusive por meio judicial. Quando há direito subjetivo a elas relativo, como ocorre com as qualidades, a sua violação acarreta o nascimento de pretensão e ação que o fazem impositivo. A recusa a ser humano da qualidade de pessoa, de ter capacidade jurídica ou capacidade de ser parte, que lhe são inatas, por exemplo, importa infração de direito subjetivo reparável pelo emprego dos remédios jurídicos processuais adequados. Se, diferentemente, se trata de qualificação, embora não haja direito subjetivo insito em seu conteúdo, o atendimento à sua eficácia própria é garantido por direito subjetivo, acobertado por pretensão e ação. Se, e. g., se recusa a pessoa solteira o direito de casar-se, negando-se esse seu estado, tem ela ação para garantir-lhe o direito de casar-se. Apesar de não haver direito subjetivo à qualificação, por se tratar de estado de fato que podem integrar suportes fácticos, há, sem dúvida, direito, pretensão e ação do titular a tê-la reconhecida.” (Ibid., p. 113-115)

⁵⁵ Na espécie qualidade, a circunstância de a situação jurídica constituir direito subjetivo assegurado por pretensão e ação (o que importa, necessariamente, intersubjetividade, pelo fato de somente haver direito com correlato dever) não descaracteriza sua unissubjetividade, uma vez que o dever que lhe é correspondente não implica ônus ou submissão, mas se resume a mero dever de atendê-lo, reconhecendo as prerrogativas que a enchem (= são contidas na qualidade ou na qualificação).” (Ibid., p. 114)

⁵⁶ Ibid., p.112

⁵⁷ Ibid., p. 117-118

específica). Referidas capacidades são eficácia de fato jurídico⁵⁸ “que conferem a seus titulares poderes jurídicos e faculdades (que constituem conteúdos de direitos) que lhes asseguram a aptidão para o exercício de direitos ou a prática de condutas idôneas a compor suportes fácticos de fatos jurídicos (*lato sensu*)”⁵⁹.

Para os fins desse artigo, importa destacar duas espécies de capacidades específicas: a (i) capacidade específica para a prática de ato-fato jurídico do tipo ato real; e a (ii) capacidade específica para ser empresário. Ambas pressupõem, necessariamente, a titularidade de capacidade jurídica⁶⁰.

A capacidade para a prática de ato-fato do tipo ato real é ilimitada no que se refere às pessoas naturais, pois da conduta humana resulta sempre uma situação de fato. Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello:

Tal conduta é recebida pelo direito como avolitiva, abstraindo-se a vontade consciente que, por acaso, exista em sua origem. Em face de não se cogitar de vontade relevante na composição do seu suporte fáctico, não há incapacidade da pessoa física quanto a essa espécie.⁶¹

Doutro modo, as pessoas jurídicas somente podem praticar atos reais quando a conduta de que resulta o fato possa ser considerada da pessoa jurídica⁶². Face a essas duas delimitações apresentadas, propõem-se partir do pressuposto de que “qualquer sujeito de direito ao qual seja possível imputar a conduta de que resulta o fato (ato-fato do tipo ato real) possuirá capacidade específica para a prática do ato-fato jurídico do tipo ato real”.

A capacidade para ser empresário, que não se confunde com a capacidade para a prática de ato-fato jurídico. Aquela é titularizada pelo sujeito de direito a partir do momento em que esse seja civilmente capaz e não possua impedimento legal para

⁵⁸ Assim, por exemplo, resultam da incidência: (a) a capacidade de agir, do art. 5o + a não incidência dos arts. 3o e 4o, todos do Código Civil, e, excepcionalmente, CPC, art. 752, § 2o; (b) a capacidade de obrigar-se por ato jurídico indenizativo, do art. 5o do Código Civil, bem assim do art. 928 e seu parágrafo único, segundo os quais “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”. Cessa a obrigação se a indenização, que deverá ser fixada equitativamente, privar do necessário para viver o incapaz ou as pessoas que dele dependem; (c) a capacidade delitual penal, da não incidência dos arts. 26 e 27 do Código Penal; (d) a capacidade de ser parte, genérica, do art. 5o, I e XXXV, da Constituição Federal, e, excepcional, do art. 75, V, VI, VII, IX, XI e § 2o, do CPC; (e) a capacidade processual, do art. 70 do CPC; (f) a capacidade política, do art. 14, §§ 1o, 3o e 4o, da CF de 1988. (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 119)

⁵⁹ *Ibid.*, p. 119

⁶⁰ *Ibid.*, p. 117

⁶¹ *Ibid.*, p. 125

⁶² *Ibid.*, p. 125

ser empresário – conforme dispõem o artigo 972 do Código Civil: “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.”

4. A NATUREZA JURÍDICA DA EMPRESA

O tema é controvertido, ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato: *irritante*⁶³. Há dois principais fatores que amplificam a controvérsia.

O primeiro se refere ao conceito de empresa utilizado. Não havendo acordo sobre esse, tornasse muito difícil – senão impossível – apresentar uma definição satisfatória acerca de sua natureza jurídica.

O segundo diz respeito à teoria jurídica utilizada para a definição da referida natureza. Isso, pois são inúmeras as teorias que partindo de um mesmo conceito de empresa chegam a resultado completamente distintos.

Sobre o tema, Waldírio Bulgarelli, em sua obra “A teoria jurídica da empresa”, afirma que a atividade já foi considerada como um fato jurídico, ato jurídico, procedimento, *fattispecie* complexa, instituição, dentre inúmeras outras categorias, “*não se tendo ainda uma conclusão definitiva*”⁶⁴.

Acerca da insuficiência das teorias, o autor chega a questionar se seria o caso de ser criada uma categoria apta a explicar a natureza jurídica da empresa:

a subdivisão dos fatos jurídicos no estado atual da ciência do direito, comporta apenas a divisão entre fatos jurídicos *stricto sensu* (independentes da vontade humana) e atos jurídicos (decorrentes da vontade humana). Seria próprio incluir-se a atividade como mais um tipo, nesta categoria?⁶⁵.

A resposta à indagação do autor parece ser em sentido negativo, visto que Pontes de Miranda e, mais tarde, Marcos Bernardes de Melo, já alertavam para a existência de uma categoria de fato jurídico distinta da dos fatos jurídicos *stricto sensu* e a dos atos jurídicos: o chamado ato-fato jurídico⁶⁶.

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1970. p. 3

⁶⁴ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 206

⁶⁵ *Ibid.*, p. 208.

⁶⁶ Acerca do assunto das limitações das outras teorias, leciona Marcos Bernardes de Mello: (i) A doutrina francesa somente distingue duas espécies de fatos jurídicos: os *faits juridiques* e os *actes juridiques*. Na primeira categoria, incluem os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os ilícitos de todas as espécies, ou seja, todos os fatos jurídicos cujos efeitos não decorram de um ato de vontade. *Acte juridique*, por sua vez, é considerado, exclusivamente, aquele cujos efeitos jurídicos são

4.1. A EMPRESA É UM FATO JURÍDICO

A empresa é um fato jurídico. Há dois principais caminhos para explicar essa afirmação. Pode-se partir do plano da existência ou do plano da eficácia. A segunda é mais intuitiva, motivo pelo qual será primeiramente exposta.

Toda eficácia jurídica deriva de um fato jurídico. E se o sujeito que pratica a empresa pode ter, em decorrência dessa prática, a sua esfera jurídica modificada, fica fácil perceber que há efeitos jurídicos sendo gerados (em razão da prática da empresa pelo sujeito). Tais efeitos derivam da empresa. Ora, se há efeitos jurídicos sendo irradiados pela empresa, é consequência lógica que ela deva possuir a natureza de fato jurídico – pois toda eficácia jurídica deriva de fato jurídico.

Basta verificar que o artigo 966 do Código Civil afirma que só é empresário quem exerce a empresa: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”. Ou seja, antes de haver a qualificação de empresário (eficácia), é necessário que haja empresa (fato jurídico).

Em sentido semelhante, Ascarelli afirma que “*a qualificação do sujeito é sempre adquirida pelo exercício da atividade, uma vez que, como tal, ela não pode*

volitivos. Há, portanto, entre os franceses um tratamento indistinto do ato-fato jurídico, não somente em relação ao ato jurídico, mas também ao fato jurídico *stricto sensu* e aos ilícitos. (ii) Na Alemanha, a doutrina, inspirada, principalmente, nos estudos de Manigk, trata o ato-fato jurídico — denominado Realakt (ato real) ou Tathandlung (ato material) — como uma espécie de ato jurídico. Enneccerus, por exemplo, que entende existirem três grupos de atos jurídicos, a saber: declarações de vontade, atos de direito, atos contrários a direito, classifica o ato real (Realakt) entre os chamados atos de direito (Rechtshandlungen). (iii) Na Itália, a doutrina, com raras exceções, praticamente adotou a linha de pensamento dos autores alemães, incluindo os atos-fatos entre os atos jurídicos. (iv) Entre nós, os autores que, à exceção de Pontes de Miranda, versaram mais dedicadamente o assunto, Orlando Gomes (Transformações gerais do direito das obrigações, p. 76 e s.) e Vicente Ráo (Ato jurídico, p. 22), reproduzem a orientação germânica, em linhas gerais, enquanto João Baptista Villela, em trabalho, parece, ainda inédito, denominado Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual, n. 4, adota a opinião de R. de Ruggiero, para quem, concordando com os franceses, “as ações humanas que não dependem de uma vontade, incluem-se nos fatos naturais”. (v) Pontes de Miranda justifica, com absoluta propriedade e de modo irrefutável, por que não se devem classificar os atos-fatos entre os atos jurídicos, com essa lapidar lição: “ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’), com que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o quid psíquico, o ato, fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato”. (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 206-207)

*ser transferida.*⁶⁷” No mesmo sentido, Waldírio Bulgareli conclui que a natureza jurídica dessa é a de fato jurídico⁶⁸.

Agora, partindo do plano da existência: todo fato, para ser jurídico, deve ser valorado pelo direito. Para isso, há que haver uma norma que preveja os elementos necessários à conformação do suporte fático do fato jurídico. No caso da empresa, a norma -- ao menos no que se refere ao cerne do núcleo de seu suporte fático -- está prevista no artigo 966 do Código Civil. Fazendo-se presentes referidos elementos, a empresa passa a existir.

Conclui-se, portanto, que a empresa é um fato jurídico, pois: (i) irradia eficácia jurídica; e (ii) há uma descrição normativa de um suporte fático referente à empresa.

4.2 - A EMPRESA É UM ATO-FATO JURÍDICO.

A vontade do sujeito que pratica a empresa é irrelevante para a sua configuração. Nesse sentido, leciona Waldírio Bulgarelli⁶⁹:

Da atividade exercida efetivamente, e considerada como fato, resulta a *irrelevância da vontade do sujeito*, não só em relação às consequências legais, mas também no que se tange a sua subsistência, sendo suficiente a existência da vontade do sujeito em relação aos atos que integram a atividade. Daí Panuccio concluir pela impossibilidade da invocação de erro, violência, dolo e simulação em relação à atividade.

Por esse motivo, dentre as espécies de fatos jurídicos existentes (fato jurídico *stricto sensu*; ato jurídico *lato sensu*; e ato-fato jurídico), apenas o ato-fato jurídico é compatível com a natureza jurídica da empresa.

O fato jurídico *stricto sensu* se refere apenas a eventos naturais com referibilidade ao ser humano. Certamente a empresa não pode ser considerada como um fenômeno da natureza, visto que prescinde de um sujeito que a pratique.

O ato jurídico *lato sensu* pressupõe manifestação consciente de vontade relevante em seu núcleo do suporte fático -- tanto no caso dos atos jurídicos *stricto sensu* como no caso dos negócios jurídicos. Por esse motivo, todas essas espécies passam pelo plano da validade (podem ser consideradas nulas ou anuláveis), o que não ocorre com a Empresa.

⁶⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1962.

⁶⁸ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 170

⁶⁹ *Ibid.*, p. 188.

O ato-fato jurídico -- espécie que não se confunde com os atos jurídicos⁷⁰ --, é o único tipo de fato jurídico que é praticado por um sujeito, mas cuja manifestação consciente de vontade é irrelevante para a conformação de seu suporte fático -- o que explica o porquê de a empresa não poder ser considerada nula ou anulável.

É por essa razão que para a empresa existir independe se o sujeito que a pratica quer praticá-la. Se a praticar (cumprir os requisitos do art. 966 CC), existirá a Empresa⁷¹. A norma incidirá sobre o suporte fático criando o ato-fato jurídico. Sobre o assunto, leciona Marcos Bernardes de Mello⁷²:

Como a conduta que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica a recebe como avolitiva, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-la. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura destacar a relação essencial que existe entre a conduta humana e o fato que dela decorre

Conclui-se que a natureza jurídica da empresa é a de ato-fato jurídico, pois: (i) a Empresa é um fato jurídico; (ii) praticado por um sujeito de direito⁷³; (iii) cuja manifestação consciente de vontade é irrelevante para a conformação de seu suporte fático⁷⁴.

4.3. A EMPRESA É UM ATO-FATO JURÍDICO DO TIPO ATO REAL.

⁷⁰ Pontes de Miranda justifica explica o porquê de os ato-fatos jurídicos não deverem ser classificados como subespécie dos atos-jurídicos: “ato humano é fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’), com que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parênteses o quid psíquico, o ato, fato (independente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato” (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo II, § 209.)

⁷¹ Mesmo se o sujeito que pratica a empresa declarar por escrito e levar a registro público, com assinatura de diversas testemunhas, que não quer ou que não pratica uma empresa, não mudará o fato de que a empresa existe e é praticada. Se os quatro requisitos do artigo 966 estiverem preenchidos, estaremos diante de uma empresa.

⁷² MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 199

⁷³ Motivo pelo qual não pode ser considerada como um fato jurídico *stricto sensu*.

⁷⁴ Motivo pelo qual não pode ser considerada como um ato jurídico *lato sensu*.

Nas palavras do jurista italiano Barbero: *a empresa “não existe”, mas “se exerce”, não é “um ser” nem sujeito nem objeto, mas, “um fato”; quem é, o que existe, são “o empresário”, como sujeito, e o “estabelecimento” como objeto.*⁷⁵⁻⁷⁶

A empresa constitui circunstância fática: se um sujeito praticar uma atividade negocial que não seja intelectual, científica, literária ou artística, estaremos diante de uma empresa -- queira o sujeito ou não.

Por essa razão, dentre os três principais⁷⁷ tipos de atos-fatos jurídicos (atos-fatos jurídicos indenizativos; atos-fatos jurídicos caducificantes; e atos fatos jurídicos do tipo atos reais), apenas o ato-fato jurídico do tipo ato real é compatível com o conceito de empresa.

Os casos de indenizabilidade sem ilicitude não explicam a natureza jurídica da Empresa, posto que essa não se define por ser, em essência, uma causadora de danos a terceiros.

Da mesma forma, a empresa não constitui um fato cujo efeito consiste na extinção de determinado direito, pretensão ou ação – motivo pelo qual os casos de caducidade sem ilicitude não são aptos a explicarem a natureza da empresa.

Os atos reais, também denominados de atos materiais, consistem em atos humanos de que resultam circunstâncias fáticas. É o fato resultante que importa para a configuração do fato jurídico, não o ato humano como elemento volitivo. Interessa o resultado que se obteve, indiferentemente de ter havido, ou não, vontade em obtê-lo⁷⁸. Nas palavras de Pontes de Miranda: *“Nem é preciso que se haja querido a juridicização deles, nem, a fortiori, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (o suporte factico seria suficiente, ainda sem ela)”*⁷⁹.

⁷⁵ BARBERO, Domenico. **Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano**, Torino: Torinese, vol. 1, n. 523, 1950. p. 746

⁷⁶ Essa concepção da empresa é corroborada por Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in **Rivista del Diritto Commerciale**, Milão, vol. 40, 1ª parte, 1942., pág. 68.); Messineo (MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale**. vol. 1. Milão: Giuffrè, 7ª edição, n. 16, 1947. p. 193); La Lumia (LUMIA, Isidoro La. **Corso di Diritto Commerciale**. 1. ed. Milão: Giuffrè, 1950. p. 99); Valeri (VALERI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2. ed. Florença: C. Cya, 1950. vol. 2, n. 205, p. 7); Fanelli (FANELLI, Giuseppe. **Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa**, Milão: Giuffrè, 1950. n. 22, p. 79); Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**, Milão: Giuffrè, 1954. p. 157); e Casanova (CASANOVA, Mario. **Le imprese commerciali**, Torino: Torinese, 1955. n. 49, p. 88).

⁷⁷ Importa destacar que há atos fatos jurídicos que não se enquadram em nenhuma das três principais formas, como ocorre com o pagamento e o usucapião (MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 205-206)

⁷⁸ Ibid., p. 199

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo II, §210, p. 459.

Conclui-se, portanto, que a empresa é um ato-fato jurídico do tipo ato real por ser circunstância fática derivada da ação de um sujeito cuja volição é irrelevante para a sua caracterização e cuja definição não pressupõem causar danos ou extinguir situações ou posições jurídicas.

4.4. O SUPORTE FÁTICO DA EMPRESA

Todo fato jurídico é oriundo da incidência de uma norma jurídica sobre um suporte fático. O suporte fático é constituído, essencialmente, por três elementos -- dois deles compõem o seu núcleo e dizem respeito à existência ou não do fato jurídico (elemento cerne e elemento completante). O terceiro, chamado de elemento complementar, refere-se exclusivamente à perfeição do fato jurídico, atuando apenas nos planos da validade e eficácia, podendo ser relativo ao: (i) sujeito, (ii) objeto, ou (iii) à forma de manifestação de vontade.

O elemento cerne do Suporte Fático é constituído por fatos cuja presença é pressuposta em todas as normas que integram a respectiva instituição jurídica, sendo responsável por determinar a configuração final do suporte fático e por fixar, no tempo, a sua concreção.⁸⁰

O cerne do suporte fático da empresa está previsto no artigo 966 do Código Civil, o qual prevê os seguintes elementos: i) atividade (conjunto de atos organizados em função de uma finalidade comum); ii) negocial (econômica e exercida profissionalmente para a produção ou a circulação de bens ou serviços); iii) que não seja intelectual, científica, literária ou artística, salvo se constituir elemento de empresa.

O elemento completante do suporte fático irá informar qual é a *fattispecie* do fato jurídico, o qual possui uma parte objetiva e outra subjetiva.⁸¹ A parte subjetiva demarca o sujeito de direito que será afetado pela eficácia do fato jurídico. A parte objetiva se refere aos “bens da vida” que compõem o suporte fático.

O suporte fático da empresa possui como elemento subjetivo o sujeito de direito que pratica a empresa e que pode vir a ser afetado por sua eficácia. Há subjetividade dentre os elementos do fato jurídico empresa. Isso não implica dizer que a vontade do sujeito que pratica a empresa é relevante para a sua existência jurídica.

⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 95.

⁸¹ Ibid., p. 97.

Apenas se afirma que existe um sujeito de direito que a pratica e que pode vir a sofrer a irradiação de sua eficácia.

Não se logrou êxito em identificar o elemento objetivo da empresa. Pensou-se em afirmar que se trataria dos atos individualmente considerados praticados por aquele que exerce a empresa. Porém, “*somente possuem elementos objetivos aqueles fatos jurídicos produtores de direitos*”⁸². Por não se ter certeza se o fato jurídico empresa gera direitos, optou-se por não se discorrer acerca dos elementos completantes do suporte fática da empresa.

4.4.1 ELEMENTO DA ORGANIZAÇÃO

O elemento da organização se refere à forma de produzir organizadamente⁸³, o que não se confunde com a *organização da atividade de produção*⁸⁴. Transmuta-se o conceito econômico de empresa como “*organização da atividade econômica*” em “*atividade econômica organizada*”⁸⁵.

Nas palavras de Waldírio Bulgarelli, “*a ideia de organização não foi abandonada (...), mas encaminhada para os seus justos limites. (...) ela está ajustada à atividade, como um de seus elementos qualificadores*”⁸⁶.

4.4.2 ELEMENTO DA PROFISSIONALIDADE

O elemento da profissionalidade distingue as atividades negociais das atividades não negociais. Porém, não há consenso na doutrina acerca do que

⁸² MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 96.

⁸³ Em termos históricos, por exemplo, é incontestável que a perspectiva pela qual se deve ser a empresa é justamente a da evolução das técnicas de produção, portanto, forma de produzir que de rudimentar familiar e artesanal, passou a ser mecanizada ou maquinizada, com a mão de obra alheia e com maior grau de organização, já que esta última sempre existiu e existe em qualquer tipo de trabalho. A organização é termo abstrato significativo dos elementos organizados em que se concretiza. O que é importante para a Economia e a Sociologia não é a organização, mas, a atividade organizacional o produzir de forma organizada. Veja-se, por exemplo, em termos de organização técnica, que é a do estabelecimento, as discussões sobre a sua qualificação como qual, quando desativado, paralisado. Assim, também em relação à empresa, como organização; tudo é feito para que não fique estática, não se paralise, o que se justifica também e principalmente em relação aos trabalhadores. Ora, o aspecto dinâmico, destacado por Carnelutti e que Asquini chamou de conceito cinematográfico é o que efetivamente interessa ao Direito. E por essa perspectiva, o dinamismo da empresa significa no plano jurídico a atividade desenvolvida. (BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 150)

⁸⁴ Ibid., p. 149

⁸⁵ Ibid., p. 155

⁸⁶ Ibid., p. 141

caracteriza uma atividade como profissional. Há quem defenda a habitualidade (seja ela permanente ou sazonal) como elemento caracterizador⁸⁷.

Não parece ser o caso, pois é possível que uma atividade ocorra por apenas um dia (ou por um curto período) e ainda assim seja considerada profissional. Por exemplo, um sujeito que se qualificou a vida toda para operar na bolsa de valores (e que possua todas as credenciais necessárias) que, em seu primeiro dia, tendo sido contratado para operar com dinheiro de terceiro, vai à falência (leia-se: em razão do ocorrido, deixa de exercer a atividade). Ou, no mesmo exemplo, seria possível que o sujeito ganhasse muito dinheiro e escolhesse se aposentar após duas horas de operações na bolsa.

Em outro diverso, Erasmo Valadão de Novaes e França apresenta argumento tentador ao afirmar que a “*atividade profissional é aquela exercida com intuito de lucro*”⁸⁸.

Porém, discorda-se do autor. Por mais que na maior parte dos casos a atividade empresária seja realizada com o intuito de lucro, existem exceções. Por exemplo, algumas *startups*, as quais exercem atividades profissionais, mas que intuem o prejuízo nos primeiros anos de atuação – como ocorreu com a Netflix, Uber, Nubank, 99Pop, dentre outros exemplos.

A lógica, nesses casos, é expandir de forma agressiva a atividade desenvolvida. Há, objetivamente, prejuízo nos primeiros anos. Mas não apenas. Por uma questão estratégica, intui-se o prejuízo inicial (por anos) a fim minimizar os gastos com o fisco.

Para além disso, a existência da empresa – por se tratar de ato-fato jurídico do tipo ato real – independe da volição do sujeito. Assim, não é possível que exista vontade relevante como um dos elementos de seu suporte fático.

Outro possível elemento levantado pela doutrina se refere à impossibilidade de uma atividade gratuita ser considerada profissional. Posição com a qual se concorda, mas que merece ser ressaltada. Há casos em que haverá uma atividade profissional sendo prestada sem contrapartida financeira por um determinado período.

⁸⁷ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 195

⁸⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa**. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 145

A título ilustrativo, cita-se o que ocorre com a Netflix e o Spotify, em que se oferece desconto – ou isenção do pagamento – nos primeiros meses ou dias de utilização do serviço. Há, em um primeiro momento, prestação de serviço sem contrapartida financeira por parte daquele que contrata. Todavia, não se pode considerar, por isso, que o contrato firmado é de mera benemerência, visto que passado esse primeiro período o contratante começará a pagar pelo serviço.

Por essa razão, crê-se que Sylvio Marcondes esteja correto. O autor afirma que é “*o risco para o lucro o elemento que faz nascer, do ofício, a empresa*”⁸⁹. Dessa afirmativa, pode-se tentar extrair um critério objetivo.

Utilizando-se “o risco para o lucro” como critério para delimitar a profissionalidade, retira-se a relevância dada ao intuito (volição) e se preserva a necessária exclusão às atividades *de mera benemerência*⁹⁰, bem como se apresenta justificativa que explica os casos de habitualidade levantadas neste tópico. Ainda, mantem-se a lógica e coerência entre o elemento do suporte fático e a natureza jurídica da empresa (ato-fato jurídico do tipo ato real).

Porém, não parece ser o suficiente. Existe a possibilidade, por exemplo, de um sujeito realizar uma aposta, participar de uma gincana ou montar uma estrutura em casa para operar com criptomoedas uma vez a cada 4 anos⁹¹. São exemplos de atividades que possuem “risco ao lucro”, mas nem por isso serão profissionais.

Em razão disso, propõem-se adicionar mais um critério para delimitar o que seja a profissionalidade: o da especificidade. Atividade profissional é aquela que se exerce de forma específica. Termo que não encontra sinônimo na habitualidade.

O pizzaiolo é aquele que faz e vende pizza. O lenhador aquele que corta árvores. E assim por diante.

O pizzaiolo será pizzaiolo desde o primeiro dia de sua atuação como profissional (de forma específica e com risco de lucro). Não é necessário vender por um determinado período para que isso ocorra. Talvez, e muito provavelmente, com o

⁸⁹ MARCONDES, Sylvio. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 116.

⁹⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa**. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 145.

⁹¹ O intuito foi apresentar um exemplo em que claramente a atividade não seja profissional.

decorrer do tempo o sujeito adquira maior competência e faça melhores pizzas – o que nada tem a ver com o critério da profissionalidade.

A especificidade traz consigo uma delimitação objetiva daquilo que pode ser considerado como atividade profissional. Mesmo o “faz tudo” não faz tudo. Ele irá prestar serviço de jardinagem, elétrica, mecânica, hidráulica – mesmo sem possuir, em alguns casos, formação técnica⁹². Há, mesmo nesses casos limítrofes, i) especificidade e ii) risco ao lucro.

4.4.3 ELEMENTO DA ECONOMICIDADE – DESTINAÇÃO PARA A PRODUÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS

O elemento da *economicidade* requer que a atividade seja criadora de riqueza por meio da produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado – e não para o próprio consumo⁹³⁻⁹⁴.

4.4.4 EXCEÇÃO LEGAL – ATIVIDADE INTELECTUAL, CIENTÍFICA, ARTÍSTICA OU LITERÁRIA.

Não é empresa a atividade comercial que seja de natureza intelectual, científica, artística ou literária (parágrafo único do art. 966 do Código Civil). Essas são consideradas atividades simples. É importante notar que referidas atividades, em geral são (ou podem ser) atividades organizadas, econômicas, exercidas em caráter profissional e voltadas ao mercado.

Há quem entenda que se a *organização* do profissional ou da sociedade cujos integrantes exercem atividade de natureza intelectual tiver uma estrutura

⁹² o que também não parece ser requisito para delimitar a profissionalidade

⁹³ Ligada à questão da chamada atividade *per conto próprio*, voltada, inteiramente ou em parte, para o próprio consumo, não reconhecida em geral como própria empresa. Entende ASCARELLI, no entanto, que a produção não precisa ser destinada ao mercado em geral; é suficiente que seja destinada a um ambiente restrito (não familiar) ou para um só sujeito (como as reservadas a um só cliente) ou a um mercado determinado (cooperativa de consumo); ou uma *azienda* produzindo exclusivamente para outra, que transforma o produto e o põe no mercado (ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1962. p. 160). FERRI nega que haja produção “per conto próprio”, quando a produção total de uma sociedade é absorvida inteiramente por outra sociedade do *grupo*. Nesta hipótese, perante o fato econômico, existe uma empresa unitária (constituída pelo grupo) e perante o aspecto jurídico, como as componentes do grupo são autônomas, embora coligadas, a empresa produz não por conta própria, mas de outro. É sem dúvida uma mera accidentalidade (FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 1. ed. Torino: Torinese, 1950. p. 37).

⁹⁴ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 193

“empresarial”, estaria caracterizada uma empresa. Esse entendimento é equivocado, pois parte do elemento *organização* – e não do elemento *atividade* – para definir quem é ou não é empresário ou sociedade empresária. Ou seja, conceitua-se empresário pela *estrutura* da organização e não pela *natureza da atividade*⁹⁵.

Abstratamente, o exercício das profissões intelectuais se enquadra no conceito de atividade empresária. Todavia, concretamente, a sua exclusão deve-se à valoração social da natureza dos serviços prestados.⁹⁶ No século passado, Galgano já afirmava que a justificativa não se encontra na natureza dos bens ou dos serviços oferecidos, mas num verdadeiro privilégio concedido pela lei com base numa antiga tradição, considerando como classe especial os livres profissionais⁹⁷.

4.4.5 – O “ELEMENTO DE EMPRESA”

O fato de uma atividade simples estar inserida dentro de uma atividade empresária (empresa) não faz com que essa última tenha, por isso, a sua natureza modificada. O todo continuará a ser considerado como empresa. Todavia, a parte – referente à atividade simples –, que será denominada “elemento de empresa”, passará a ser considerada empresária.

É o que ocorre, por exemplo, com o médico que trabalha em um hospital. A natureza simples da atividade por ele exercida não transmuta a natureza empresária da atividade desenvolvida pelo hospital. Porém, o contrário não é verdadeiro, pois “*se uma atividade que não é empresária é organizada em função de um todo empresarial, aquela atividade menor (não empresária) passa a ser empresária*”⁹⁸.

Ainda, sobre o assunto, leciona Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

O parágrafo único do artigo 966 do Código Civil excepciona a caracterização da atividade comercial simples nos casos em que “*o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”. Porém, é importante se ter claro que possuir os atributos “*econômico, organizado, profissional para a produção ou circulação de bens ou serviços*” não é sinônimo de “*constituir elemento de empresa*”. As referidas características são elementos de toda atividade

⁹⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa**. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 151.

⁹⁶ BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 195-196

⁹⁷ GALGANO, Francesco. *Le Teorie Dell'Impresa*, in **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia**, Pádua, 1978

⁹⁸ GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. 9 ed. **Direito de Empresa**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 74.

negocial. Considerar que a presença desses elementos implica na conceituação da atividade como empresária é um equívoco. Essa premissa torna a letra da lei morta, pois a exceção (*salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*) se tornaria a regra. Por essa razão, para os fins desse artigo: (i) os 4 elementos previstos no art. 966 são considerados como essenciais à caracterização da atividade como negocial; (ii) a atividade negocial possui duas espécies, as simples e as empresárias -- ambas possuindo as 4 características do gênero (atividade negocial); (iii) a atividade será simples quando for intelectual, científica, literária ou artística; (iv) a atividade será empresária quando não for simples ou quando o seu exercício constituir elemento de empresa⁹⁹.

5. FINALIDADES, ESCOPO E EMPRESA.

A empresa (escopo meio) é o meio pelo qual se atinge um objetivo (escopo fim/finalidade)¹⁰⁰. As pessoas físicas não possuem escopo fim (finalidade), tampouco escopo meio. São conceitos que somente fazem sentido quando utilizados para classificar as organizações sociais¹⁰¹ (sociedades, associações etc.).

O objetivo (escopo fim) é a finalidade da organização que pratica a empresa – a qual não se confunde com a vontade do sujeito que pratica a empresa, nem com a vontade ou finalidade (no caso de um sócio não ser pessoa física) dos integrantes da organização social individualmente considerados, tampouco com a finalidade intrínseca à empresa (*para a produção ou circulação de bens ou serviços*) ou com o objeto social da organização (escopo meio) – o qual delimita o escopo de atuação que a organização terá com a empresa.

5.1. A FINALIDADE DA EMPRESA

A empresa possui uma finalidade intrínseca: “para a produção de bens ou serviços”. Essa finalidade é elemento constitutivo do cerne do suporte fático da empresa. Sem ela não há empresa, há apenas uma atividade, econômica, organizada e exercida profissionalmente. Essa finalidade intrínseca, constitutiva, não se confunde

⁹⁹ GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. 9 ed. **Direito de Empresa**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 74.

¹⁰⁰ Em sentido amplo, o fim comum abrange o escopo-meio (ou objeto) e o escopo-fim (ou objetivo). Na realidade, o escopo meio ou objeto (empresa, no caso da sociedade empresária) é a atividade a qual a organização societária se dedica, servindo, entre outras coisas, para distinguir as sociedades empresárias das sociedades não empresárias (CC, art. 982, *caput*). Por outro lado, o escopo-fim ou finalidade é elemento que serve para distinguir as sociedades das associações em sentido estrito: nas sociedades a finalidade é a partilha dos resultados da atividade social entre seus membros (CC, art. 981), algo que não pode jamais suceder na associação (CC, art. 53), sob pena de desnaturá-la em sociedade. (FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis*: um conceito superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43)

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 44)

com a finalidade da organização que pratica a empresa (sinônimo de escopo fim/objetivo)¹⁰².

Essa última (finalidade da organização) é o “objetivo perseguido, ao qual se busca destinar o resultado da atividade”. Apresenta-se o conceito de empresa destacando as diferentes finalidades:

Empresa = atividade (conjunto de atos coordenados em função de uma **finalidade comum = escopo fim/objetivo/finalidade da organização**) econômica, organizada e exercida profissionalmente **para a produção ou a circulação de bens ou serviços** (**elemento constitutivo da empresa = finalidade da empresa**), que não seja intelectual, científica, literária ou artística, salvo se constituir elemento de empresa.

5.2. A FINALIDADE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL¹⁰³ (ESCOPO FIM) E A EMPRESA

A finalidade da organização social (escopo fim/objetivo) não é elemento do suporte fático da empresa (não interfere na natureza jurídica da empresa). Refere-se apenas ao tipo da organização social que será constituída. Prova disso é que a mesma atividade (empresa) pode ser exercida por uma sociedade e por uma associação (tipos de organizações sociais). Nesse caso, o escopo fim será distinto, porém a natureza jurídica da atividade (empresa) não se altera em razão disso.

A empresa, para existir, precisa apenas ser atividade comercial que não seja intelectual, artística, científica ou literária. Não há requisito de finalidade se não aquele de ser destinada à produção ou circulação de bens ou serviços (finalidade da empresa).

As finalidades econômicas, lucrativas, sociológicas, espirituais ou religiosas (escopos fins/objetivos), por exemplo, são os fins aos quais se destinam (ou se busca destinar) os resultados provenientes do exercício da empresa – que são determinados pelo tipo de organização constituída. Por exemplo, o escopo fim/objetivo de uma sociedade empresária é a divisão dos resultados positivos ou negativos entre os

¹⁰² FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis: um conceito superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”*. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009

¹⁰³ O termo organização aqui empregado não se confunde com o elemento da “organização” do Atividade. Nesse caso, trata-se de organização como eficácia do contrato associativo que cria a Sociedade (por exemplo). Segundo explica Luiz Daniel Haj Mussi, o traço característico desses negócios jurídicos (associativos) são a sua natureza tipicamente organizativa. (MUSSI, Luiz Daniel Haj. **Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 55).

sócios¹⁰⁴. Não é essa finalidade o que a torna empresária, mas, sim, o exercício da atividade em conjunto com a capacidade para ser empresária.

A empresa é um meio, que pode ser utilizada para diversos fins. É por esse motivo que parece plausível afirmar que as associações podem *exercer profissionalmente atividades econômicas, organizadas, para a circulação de bens ou serviços que não sejam intelectuais, científicas, literárias ou artísticas*. Ou seja, associações podem exercer a empresa (como de fato exercem). Isso não significa que associações possuem *fins econômicos*, visto que os fins (objetivos, escopo fim) não se confundem com os meios (atividade, Empresa). E a natureza desta última não depende da finalidade da primeira.

É plenamente possível que um sujeito pratique uma atividade empresária (escopo meio), a partir da qual poderá obter lucro, mas visando um objetivo (escopo fim) não econômico¹⁰⁵. É o caso de algumas associações, por exemplo. Sobre o assunto, leciona Rodrigo Xavier Leonardo:

“Em direito brasileiro, nada impede que a associação busque angariar lucros mediante o desenvolvimento de atividades econômicas. Muito pelo contrário. Há uma explícita tendência, sobretudo na legislação extravagante, de privilegiar as organizações associativas com potencial de autossustentação. Ademais, quando o artigo 54 do CC brasileiro determina que, sob pena de nulidade, o estatuto conterà *fontes de recursos* para manutenção da associação indica-se, de forma implícita, a indisponibilidade de uma sustentação econômica para que os fins não econômicos possam ser atingidos. Essa fonte, não necessariamente, será limitada à contribuição dos associados”.¹⁰⁶

Não se deve, todavia, afirmar que há causalidade direta entre o exercício da empresa e a qualificação de “ser empresário”. O fato de uma Associação exercer a

¹⁰⁴ E é precipuamente essa finalidade de distribuição de resultados econômicos (lucros ou perdas) entre os seus integrantes que distingue as *sociedades* (simples ou empresárias, tanto faz) das *associações*, que se configuram, a seu turno, por constituírem uma “união de pessoas que se organizem para *fins não econômicos*” (art. 53 CC). A distinção entre as duas espécies de sociedades – simples ou empresárias -- porém (muito embora *ambas* tenham por objetivo a partilha de resultados entre os sócios), é feita, nos termos do art. 982 CC, *pelo objeto*, com a ressalva das sociedades cooperativas, que são sociedades simples *pela forma*, qualquer que seja o seu objeto, e das sociedades por ações – sociedade anônima e em comandita por ações –, que são sociedades empresárias *pela forma*, independente, também, do seu objeto. (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa**. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 143.)

¹⁰⁵ SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Direito Societário: Fundamentos. In: **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa**. vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 62-63

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. 1. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. ISBN: 9788520355688. p. 207-208

empresa não significa que essa será empresária. Isso porque, para que um sujeito de direito seja considerado empresário é necessário que ele (i) exerça a empresa e (ii) possua capacidade para ser empresário (972 CC). Há distinção entre capacidade para o exercício da empresa e a capacidade para ser empresário, conforme será abordado no item 6 deste artigo.

5.3. O ESCOPO DE ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL (OBJETO SOCIAL) E A EMPRESA

O escopo de atuação da organização (objeto social) é elemento do suporte fático do contrato associativo que a cria, mas não elemento do suporte fático da empresa. A primeira (organização), é eficácia jurídica derivada do contrato associativo que a constitui¹⁰⁷. É nesse contrato associativo (ato constitutivo/contrato social) que se prevê o fim (escopo fim) ao qual será destinado a organização que será criada (sociedade, por exemplo), bem como qual será o meio (atividade/objetivo) a partir do qual o escopo fim será perseguido. Sobre o assunto, Luiz Daniel Haj Mussi bem delimita a questão:

Em sendo a organização a essência do fenômeno associativo, o contrato giraria em torno da constituição, modificação e extinção desta, entendendo-se o conceito de organização como de “coordenação da influência recíproca entre atos que, como tal, pressupõem a noção de atividade. Por tal motivo, a disciplina jurídica quanto ao objeto do contrato, no âmbito associativo, aplica-se primordialmente a atividade e, secundariamente, sobre as contribuições dos membros¹⁰⁸.

A empresa é ato-fato jurídico do tipo ato real. Passa a existir apenas se os elementos de seu suporte fático forem preenchidos. A mera formalização de um contrato social em que se preveja o objeto de atuação de uma organização (objeto social) não faz com que a empresa exista. O objeto social é sinônimo de escopo de atuação da organização. Possui natureza jurídica distinta da empresa.

Quanto à função do objeto social, há controvérsia entre gigantes. Erasmo Valadão de Novaes e França¹⁰⁹ afirma que o objeto social da sociedade delimita a sua

¹⁰⁷ FERRO-LUZZY, Paolo. *I Contratti Associativi*, Milano: Giuffrè, 1976. p. 107.

¹⁰⁸ MUSSI, Luiz Daniel Haj. **Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 55-56.

¹⁰⁹ FRANÇA, Erasmo Valadão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito**

capacidade de agir. Consequentemente, se uma sociedade não possui capacidade de agir e, de fato, há uma atividade sendo exercida, significa que alguém (que não a sociedade) a está exercendo. Seja esse sujeito um sócio ou um administrador, recairá nele todo e qualquer tipo de responsabilidade decorrente da atividade praticada¹¹⁰.

Doutro lado, Modesto Carvalhosa e Fernando Kuyven afirmam que a alteração do objeto social é matéria de fato e se caracteriza pela “*mudança relevante do perfil de atividade da companhia exercida permanentemente até um determinado período, ainda que prevista uma outra atividade que nunca foi promovida pela companhia.*” Não seria possível, por isso, invocar o aspecto formal do objeto estatutário, “*o qual não prevalece diante da alteração de fato, ainda que prevista no objeto social*”¹¹¹.

Para os fins deste artigo, importa sublinhar que independe se a função do objeto social é a de delimitar a capacidade de agir da sociedade ou se é definir quais são as atividades que por ela serão exercidas de maneira regular (ou outra função qualquer). O que importa é que o escopo previsto para a atuação de uma determinada organização (objeto social) não se confunde com o exercício de fato de uma atividade. Apenas esse último (exercício de fato) importa para a existência da empresa.

6. A CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA EMPRESA E A CAPACIDADE PARA SER EMPRESÁRIO

A partir da premissa de que a empresa possui a natureza jurídica de ato-fato jurídico do tipo ato real, cabe delinear a capacidade para o seu exercício, bem como diferenciá-la da capacidade para ser empresário.

Por se tratar de ato-fato do tipo ato real, a capacidade para o exercício da empresa é extremamente abrangente e pode ser exercida por quase qualquer sujeito de direito. Sobre o tema, ensina Marcos Bernardes de Mello.

“A capacidade de praticar atos-fatos jurídicos supõe, necessariamente, a titularidade de capacidade jurídica, porque de ato-fato jurídico resulta,

Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 145

¹¹⁰ Fixando o critério distintivo no objeto social (e não no modo de atuar no mercado, como se dá com relação à pessoa natural do empresário), a natureza da sociedade não muda segundo sua performance financeira, estrutura ou organização; isso só ocorrerá na eventualidade de, em alteração contratual, mudar seu objeto social (Ibid., p. 49).

¹¹¹ CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. **Sociedades anônimas.** 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 131

sempre, a criação de uma posição em relação jurídica (ato-fato real e ato-fato indenizativo), ou o encobrimento ou a extinção de direitos, pretensões e ações (ato-fato caducificante)".¹¹²

Basta que o sujeito possua capacidade para que os atos da empresa sejam a ele imputados. Se isso ocorrer (o que pressupõem a titularidade de capacidade jurídica), o sujeito possuirá capacidade para o exercício da empresa. Conforme afirma Marcos Bernardes de Mello:

“As pessoas jurídicas, diferentemente, somente podem praticar atos reais quando a conduta de que resulta o fato possa ser considerada da pessoa jurídica, como ocorre, por exemplo, na tomada e no abandono da posse, em que o ato do órgão é da pessoa jurídica. A pessoa jurídica atua através de seus órgãos (assembleia, diretoria, gerência, e. g.), de modo que os atos por estes praticados nessa condição (de órgão) são atos da própria pessoa jurídica, não daquele que os efetiva na prática. Por isso, o órgão apresenta a pessoa, não a representa”.¹¹³

A capacidade para ser empresário, de forma distinta, não é uma capacidade para praticar um fato jurídico, mas uma capacidade para ter a si (ao sujeito de direito) atribuído um *status*, uma qualificação. Referida capacidade está prevista no art. 972 do CC, o qual exige do sujeito de direito dois requisitos: (i) o pleno gozo da capacidade civil e (ii) não estar legalmente impedido.

Ser empresário (situação jurídica unissubjetiva do tipo qualificação) não se confunde com a capacidade para ser empresário (capacidade específica), da mesma forma que a empresa (ato-fato jurídico do tipo ato real) não se confunde com a capacidade para o exercício da empresa (capacidade específica).

É importante destacar a enorme diferença entre essas duas capacidades. A primeira (para a prática de ato-fato do tipo ato real) requer apenas que: (i) a conduta de que resulta o fato praticada pelo sujeito seja a ele imputável e, por consequência lógica, (ii) quem pratique a conduta seja um sujeito de direito.

Perceba-se que não se exige a prática do fato para que se adquira a capacidade, uma vez que o exercício da capacidade se distingue da titularidade da capacidade. É plenamente possível um sujeito ser capaz e não exercer a sua capacidade.

¹¹² MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 125

¹¹³ A representação da pessoa jurídica somente existe quando alguém pratica o ato em nome da pessoa jurídica (procurador, e. g.) (Ibid., p.125)

A segunda (capacidade para ser empresário) exige que o sujeito possua capacidade civil e não seja legalmente impedido. Preenchidos esses requisitos o sujeito será capaz para adquirir o *status* de empresário. Isso não quer dizer que todo sujeito que é capaz para ser empresário adquirirá o *status* de ser um empresário. Repise-se: é plenamente possível um sujeito ser capaz e não exercer sua capacidade.

Quem possui capacidade para ser empresário não será, necessariamente, empresário. Da mesma forma que quem possui capacidade para responder por ilícito não responderá por um ilícito até que roube (fato jurídico ilícito), por exemplo.

A mesma lógica se aplica a um contrato: para ser contratante (e ser parte na relação jurídica = eficácia jurídica) é preciso possuir capacidade negocial, mas não apenas – pois para além da capacidade negocial é preciso que ela seja exercida: há que se firmar um contrato (fato jurídico).

O mesmo se aplica à capacidade para se casar: o sujeito a possuir não implica em estar casado (situação jurídica unissubjetiva do tipo qualificação). É preciso, para isso, que haja casamento (fato jurídico).

A lógica é sempre a mesma, pois para haver eficácia é necessário, antes, a existência de um fato jurídico. E para que o fato jurídico – no caso dos atos e atos-fatos jurídicos – exista é preciso um sujeito que o pratique. Porém, o fato jurídico existir não implica dizer que irá irradiar toda a sua eficácia. Há casos em que essa é condicionada, como ocorre com a eficácia da Empresa, que possui como condição para tornar o sujeito que a pratica um empresário que esse possua capacidade específica para ser empresário.

7. DO “EXERCÍCIO DA EMPRESA” AO “SER EMPRESÁRIO”

A partir das premissas expostas, busca-se apresentar uma descrição sistemática do fenômeno jurídico do “exercício da empresa” ao “ser empresário”. Intui-se delinear uma possível solução ao jurista espanhol Garrigues, que certa vez afirmou: “*o problema da construção jurídica da empresa compreende duas questões inseparáveis: qual a natureza jurídica da empresa e a que classe pertence o direito do seu titular*”¹¹⁴. Crê-se que seja algo mais ou menos assim:

(I) um sujeito de direito (“ser” que possui capacidade jurídica);

¹¹⁴ Joaquim Garrigues, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, vol.1, n. 115, p. 215.

(II) cuja atuação no mundo dos fatos servirá para compor o suporte fático de um ato-fato jurídico do tipo ato real (ato-fato do tipo ato real = empresa);

(III) desde que possua capacidade para a prática do ato-fato jurídico do tipo ato real (capacidade para exercer a empresa = ser possível imputar a conduta de que resulta o ato-fato “empresa” ao sujeito que a pratica);

(IV) pratica uma série de atos cujas características tenham sido eleitas pela norma como elementos do núcleo de um suporte fático de um ato-fato jurídico do tipo ato real (elementos da empresa = atividade comercial que não seja intelectual, científica, literária, artística, salvo se configurado elemento de empresa);

(V) que, se preenchido (o núcleo) de maneira completa, fará com que a norma incida sobre o suporte fático, criando o ato-fato jurídico do tipo ato real (empresa) – que adentrará ao mundo jurídico no plano da existência;

(VI) por não possuir manifestação consciente de vontade relevante dentre os elementos do suporte fático, o ato-fato (empresa) não passará pelo plano da validade, o que implica que não poderá ser considerado nulo ou anulável;

(VII) quanto à eficácia, essa poderá estar condicionada à capacidade de agir do sujeito que praticou o ato-fato (capacidade para ser empresário);

(VIII) se a eficácia for condicionada (como o é nesse caso), o sujeito que praticou o ato-fato jurídico (empresa) apenas terá a sua esfera jurídica modificada (adquirirá a situação jurídica básica unissubjetiva do tipo qualificação “ser empresário”) – ao menos com relação ao objeto da capacidade em questão (“ser empresário”) – na hipótese de possuir a específica capacidade de agir (capacidade para “ser empresário”);

(IX) Conclui-se que apenas será empresário o sujeito de direito que: 1º) possui capacidade para a prática da empresa; 2º) pratica a empresa; e 3º) possui capacidade para ser empresário. Inexiste, portanto, relação de causalidade direta, mas condicionada, entre o “exercício da empresa” e a qualificação “ser empresário”.

8. CONCLUSÕES

Diante dos aspectos trabalhados ao longo desse artigo, é possível concluir que:

I) Inexiste consenso doutrinário acerca da natureza jurídica da empresa;

II) Há distinção entre i) empresa; ii) finalidade da organização social que pratica a empresa; iii) vontade do sujeito que pratica a empresa; iv) vontade ou finalidade dos

integrantes (individualmente considerados) da organização social que pratica a empresa; v) finalidade intrínseca da empresa e vi) objeto social da organização social que pratica a empresa;

III) Sob a perspectiva da Teoria Jurídica do Fato Jurídico a natureza jurídica da empresa é a de ato-fato jurídico do tipo ato real (fato jurídico);

IV) A qualificação atribuída ao sujeito de direito “ser empresário” é uma situação jurídica básica unissubjetiva do tipo qualificação (eficácia jurídica), a qual é irradiada da empresa (ato-fato jurídico do tipo ato real) desde que o sujeito possua capacidade específica para ser empresário;

V) A qualificação jurídica de “ser empresário” não se confunde com o conceito de “sujeito de direito”. O sujeito de direito se define por ser aquele que possui capacidade jurídica. O empresário sempre será um sujeito de direito especialmente qualificado. Porém, para adquirir essa qualificação, é necessário que o sujeito: 1º) possua capacidade para a prática da empresa; 2) pratique a empresa; e 3º) possua capacidade para ser empresário.

VI) Como consequência, inexistente relação de causalidade direta, mas condicionada, entre o “exercício da empresa” e a qualificação “ser empresário”. É por isso que o sujeito que pratica a empresa nem sempre será empresário, visto que a eficácia jurídica de “ser empresário” está condicionada à titularidade de capacidade específica para ser empresário por parte do sujeito que pratica a empresa;

VII) A capacidade para a prática da empresa não se confunde com a capacidade para ser empresário. Ambas são capacidades específicas, a primeira para a prática de ato-fato do tipo ato real, a segunda para se adquirir uma qualificação jurídica básica unissubjetiva;

VIII) O sujeito de direito possuirá capacidade para a prática da Empresa se for possível imputar a si – seja diretamente, por meio de seus órgãos ou por apresentação – a conduta de que resulta o ato-fato “empresa”;

IX) O sujeito de direito terá capacidade para ser empresário se for civilmente capaz e não possuir impedimento legal;

X) Os conceitos de capacidade para praticar a empresa e capacidade para ser empresário não se confundem com o seu exercício, sendo possível o sujeito as possuir e não as exercer;

XI) A atividade (escopo meio) de uma sociedade ou associação não se confunde com a sua finalidade (escopo fim);

XII) As sociedades são classificadas em empresárias ou simples em razão de seu objeto social (escopo da organização);

XIII) Há diferença entre empresa e objeto social. A primeira é ato fato jurídico, a segunda é elemento do suporte fático dos fatos jurídicos de constituição de “sociedade” e “associação”, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. A Atividade do Empresário. Trad. Sob a direção de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, 2003.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1962.

ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**, Milão: Giuffrè, 1954.

ASQUINI, Alberto (1943). Perfis da Empresa. Trad. Sob a direção de Fábio Konder Comparato. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, 1996.

BARBERO, Domenico. *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, Torino: **Torinese**, vol. 1, n. 523, 1950.

BARRETO Filho, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BULGARELLI, Waldírio. A Teoria jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985.

CARNELUTTI, Francesco. *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, in **Rivista del Diritto Commerciale**, Milão, vol. 40, 1ª parte, 1942.

CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando. **Sociedades anônimas**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CASANOVA, Mario. **Le imprese commerciali**, Torino: Torinese, 1955.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. 1 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1970.

FANELLI, Giuseppe. **Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa**, Milão: Giuffrè, 1950.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di diritto commerciale**. 1. ed. Torino: Torinese, 1950.

FERRO-LUZZY, Paolo. **I Contratti Associativi**, Milano: Giuffrè, 1976.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A Distinção entre Sociedades Simples e Empresárias. In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da (org.). **A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de**

Código Civil – Societário e Direito de Empresa. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum.** 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Affectio Societatis*: um conceito superado no moderno direito societário pelo conceito de “fim social”. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa.** São Paulo: Malheiros, 2009.

GALGANO, Francesco. *Le Teorie Dell’Impresa, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia*, Pádua, 1978

GARRIGUES, Joaquim. Tratado de Derecho Mercantil. 1. ed. Madrid: **Revista de Derecho Mercantil**, 1947.

GONÇALVES Neto, Alfredo de Assis. 9 ed. **Direito de Empresa.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

HOLZ, Eva; Poziomek, Rosa. **Curso de Derecho Comercial.** 3 ed. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2016.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina da Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. 1 ed. São Paulo: **Revista de Direito Mercantil**, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. 1. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014. ISBN: 9788520355688.

LUMIA, Isidoro La. **Corso di Diritto Commerciale.** 1. ed. Milão: Giuffre, 1950.

MARCONDES, Sylvio. **Limitação da responsabilidade de comerciante individual.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil.** 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia.** 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes De. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência.** 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale.** vol. 1. Milão: Giuffre, 7ª edição, n. 16, 1947.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MUSSI, Luiz Daniel Haj. **Suspensão do Exercício de Direitos do Acionista**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Direito Societário: Fundamentos. *In: A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: Os 18 Anos de Código Civil – Societário e Direito de Empresa*. vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2010.

VALERI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2. ed. Florença: C. Cya, 1950

WARDE Júnior, Walfrido Jorge. **Teoria Geral da Empresa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.