

# **FUNDAMENTOS DO DIREITO EMPRESARIAL**

(Professor: Felipe Maia)

## **DIREITO EMPRESARIAL: DA HISTÓRIA AO ATUAL PROJETO DE NOVO CÓDIGO COMERCIAL**

**Aluno:** Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena Neto

**Código de matrícula:** 21771

Curso de Pós - Graduação(Mestrado)

Faculdades Milton Campos

Nova Lima – 02/2015

## **FONTES E COSTUMES**

Tulio Ascarelli assevera que a dicotomia existente dentro do direito privado entre direito civil e comercial, se deve às relações jurídicas inerentes a cada ramo. Enquanto o civil regulava as relações agrícolas, o comercial regulava as relações comerciais e industriais. A concepção que o direito romano tinha do contrato, era que este instrumento estava adstrito ao direito de propriedade (usava-se o contrato apenas para se adquirir ou transferir determinada coisa). Ora, essa concepção não se coadunava ou vinha de encontro com os ideais da classe mercantil em ascensão. Tulio pensa que o nascimento do direito empresarial advém de uma fusão do direito romano canônico comum e as exigências econômicas que hoje em dia o capitalismo impõe.

Tais exigências, as quais seriam a liberdade de iniciativa privada e de concorrência num mercado competitivo surgiram com o comércio transmarino e bancário e só depois vieram as indústrias. Assim, o direito que regularia a atividade industrial seria o chamado de comercial, a par do direito comum (civil), sendo ele o direito inerente a burguesia que nascia nas cidades e significaria uma libertação dos vínculos que a sociedade feudal e o direito canônico romano tinham. Essa burguesia desde o início era composta por pessoas poupadoras, éticas, que cumpriam com a palavra, cumpriam os contratos, possuíam grande ligação com a família e principalmente como característica primordial se preocupavam mais com a produtividade e trabalho do que com o prazer individual, eram os comerciantes.

Com o ressurgimento das cidades, o renascimento mercantil fortaleceu bastante o comércio marítimo se cogitando aqui a qual seria a primeira fase do direito comercial. (LEITE. Gisele. Fundamentos de direito Empresarial, 2013). À medida que os conflitos iam surgindo devido ao desenvolvimento e a prática da atividade mercantil, se fez necessária a criação de regras comerciais para solução desses conflitos as quais foram se intensificando e sendo cada vez mais especializadas pela própria dinâmica da atividade negocial.

A 1ª fase desse direito era baseada única e exclusivamente nos usos e costumes mercantis que faziam parte da relação jurídico – comercial, não havendo intervenção ou regulação do estado, já que haviam

as Corporações de Ofício. Estas possuíam seus próprios usos e costumes, bem como elegiam cónsules por seus próprios associados para reger as relações de seus membros. De acordo com Rubens Requião, o direito comercial era o direito dos membros das corporações de ofício, ou seja, os direitos estavam a serviço do comerciante e por isso essa fase seria chamada de subjetiva. A diferença é que suas regras apenas se aplicavam aos seus membros. Assim, apenas uma das partes sendo comerciante, a relação já seria regida pelas normas das corporações de ofício (que era o direito comercial da época), o que já conferia grande autonomia e exclusividade ao nosso ramo aqui estudado.

Nesta 1<sup>a</sup> fase surgem os primeiros institutos do direito comercial, como a letra de cambio que deu impulso para o surgimento dos demais títulos de crédito que hoje existem, as comendas (hoje chamadas de sociedades), e o contrato mercantil o qual equivale ao contrato de seguro). (LEITE. Gisele. Fundamentos de direito Empresarial, 2013). O instituto do seguro, por exemplo, apesar de ser regulado pelo código civil, é típico do direito comercial, assim como o empréstimo a risco. A S/A também tem a sua origem nas companhias (comendas) coloniais para colonização transmarina e estas, no condomínio naval acabaram por gerar / originar a responsabilidade limitada do armador no direito marítimo a qual após, se transformou na responsabilidade limitada do acionista da S/A.

O direito comercial se apresenta então como um direito autônomo, por possuir características, institutos, normas e princípios próprios, mas que antigamente era exercido com base nos costumes dos interessados. Como exemplos, o endosso que revolucionou a letra de cambio, tem origem francesa e a disciplina das patentes de invenção tem origem no estatuto inglês dos monopólios, o qual foi fonte para precedente para as leis ditadas em Veneza no século XV e XVI as quais concederam patentes a Galileu Galilei. Na medida que alguns institutos passavam para o direito comum, as exigências de uma economia que ia se renovando e ainda com a revolução industrial, havia a necessidade de se encontrar instrumentos jurídicos para a realização e ultimação dos inventos técnicos e para a transformação que deles decorria.

Com a evolução da atividade mercantil, evoluiu-se também o direito comercial, necessário à regulação dessa atividade e com isso ampliou-se bastante a competência dos tribunais consulares com relação ao julgamento das matérias comerciais, passando ainda a poder julgar os casos em que uma parte era um mercador matriculado e a outra parte uma pessoa qualquer, que não fosse comerciante. Ocorre que, ao final da era medieval surgem os grandes estados nacionais e monárquicos e aí o direito comercial apenas passa a fazer parte do direito estatal quando no Século XVII, os estados monárquicos reivindicam para si o monopólio da função legislativa, sendo assim objeto de disciplina nas ordenações do rei como as celebres de Luiz XIV. O estado chama para si o monopólio da jurisdição e, ainda, consagra a liberdade e a igualdade no exercício das artes e ofícios.

A segunda fase do direito comercial em seguida é instaurada com a ideia de que o poder estatal se preocupa em disciplinar através do sistema jurídico, as relações comerciais e assim, o ramo deixa de ser um direito criado pelos comerciantes (Corporações de Ofício) e passa a ser um direito imposto pelo estado. O código Napoleônico estava intimamente ligado ao direito de propriedade e atendia aos interesses da nobreza, enquanto o código comercial regulava os interesses da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária (bens móveis), percebendo-se aí já a essa época a distinção entre civil e comercial.

A distinção dentro do direito privado entre civil e comercial advém das relações jurídicas específicas de cada ramo, e isso se deu principalmente ao surgimento da teoria dos atos de comércio, já que o direito comercial regularia as relações que envolvessem a prática de atos definidos em lei como de comércio. Esta teoria tinha como principal função a de atribuir a qualidade de comerciante a quem praticasse tais atos de mercancia, o que era pré requisito para aplicação das normas do código comercial. E esta é a principal característica da segunda fase do direito comercial, uma vez que a mercantilidade, a qual antes era definida pela qualidade do sujeito (já que o direito era aplicado apenas aos membros das corporações de ofício), passa a ser definida como objeto (os atos de comércio).

Por isso a 2ª fase do direito comercial é chamada de objetiva, porque os estados nacionais impuseram a sua soberania sobre a autonomia

particular e instituíram disciplinas jurídicas pautadas em critérios objetivos. Diz Rubens Requião: “passou-se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor” (REQUIÃO. Rubens. Curso de Direito comercial. 1º volume. 23. Ed. São Paulo. Saraiva. 1998, p. 12.).

A respeito dos atos de comércio, Thaller os classificava como atividade de circulação de bens ou serviços. Mas isso se mostrou um equívoco quando Alfredo Rocco enxergou uma característica comum nos atos: a intermediação para a troca. A teoria de Rocco predominou, uma vez que os comerciantes realizavam a intermediação para efetivar a troca ou facilitar a sua execução.

A terceira fase referente a evolução do direito comercial é chamada de moderna. Enquanto antes o conceito de empresa era ligado aos critérios dos atos de comércio, aqui passa-se a adotar um conceito de empresa ligado a organização dos fatores de produção para criação ou oferta de bens e serviços em massa. O conceito seria: a atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário em caráter profissional, através de um complexo de bens, o que atualmente é insculpido pelo art. 966, CC, diploma que adota a teoria da empresa.

As fontes do direito são as principais formas ou meios pelas quais as normas jurídicas se formam. As fontes diretas ou materiais são aquelas que, por sua própria força, são capazes de gerar a regra jurídica. Tais fontes diretas são as próprias leis comerciais ou empresariais, as quais emanam de autoridade competente, são impostas coativamente e destinada à obediência de todos, sendo portanto, as mais importantes (Código Civil e as Leis Especiais (lei de falência, sociedade anônimas, de duplicatas, cheque, etc.). Rubens Requião entende que o Código Civil não seria considerado como fonte do direito comercial, nem mesmo quando as suas normas são aplicadas na solução de litígios mercantis, uma vez que este diploma se apresenta como regime jurídico geral do direito privado. A competência para legislar sobre direito comercial é prevista na CF/88. O art. 22, I, dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, **comercial**, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Fontes indiretas ou mediatas são os costumes comerciais, a jurisprudência, a analogia e os princípios gerais de direito.

Costume é o conjunto de fatos e práticas reiteradas que as necessidades e condições sociais desenvolvem e que se tornando geral e duradouro acaba impondo-se a sua prática psicologicamente aos indivíduos. Como antigamente havia pouca atividade legislativa, as práticas comerciais eram baseadas nos costumes. Assim, o legislador acolheu os costumes e os transformou em norma escrita.

Os costumes são classificados em três categorias: *secundum legem* (são os previstos na lei expressamente para complementá-la; no direito comercial são aplicados de preferência para complementar às leis civis); *praeter legem* (são oriundos da prática mercantil na falta de texto legal e aplicáveis para suprir as lacunas legislativas); *contra legem* (são os práticos em sentidos opostos propostos pela lei escrita, e, por essa razão, são inadmissíveis, já que só se admite a revogação ou modificação de uma lei por outra lei).

Os costumes influenciaram na relação existente entre propriedade privada e liberdade de contratar, em que o estado decorre da economia, a qual, por sua vez, lida com os bens de produção e o estado garante que isso aconteça regularmente enquanto disciplina a atividade de trocas com normas e princípios, prevendo a liberdade de concorrência. O mercado trabalha com cálculo do risco e previsibilidade (estabilidade nas relações, ou seja, a forma como o mercado atua).

### **Unificação entre direito civil e comercial**

A partir da evolução histórica, o direito comercial começou de forma autônoma, já que havia uma necessidade de regulamentação das práticas exercidas pela burguesia. O fragmentarismo é uma característica inerente ao comercial, devido as várias leis que regulam as matérias

empresariais. Além da onerosidade também, já que o aumento do valor dos produtos para a venda visa a ampliação do lucro.

A corrente que prega pela unificação do direito privado em apenas um ramo preleciona que a matéria civil e comercial seria toda privada, havendo apenas uma hermenêutica diferente para cada. O tratamento então seria unitário, com normas aplicáveis a comerciantes e não comerciantes. Além disso teria como características primordiais a simplicidade da forma, rapidez de aplicação, elasticidade dos princípios, informalidade e internacionalidade. O caráter especulativo também é característico das relações empresariais.

Agora com relação às diferenças existentes entre os ramos, tem-se que o regulamento 737/1850 ditava que o comércio era profissional, especulativo, habitual e havia intermediação na troca. Já o direito civil regularia a pessoa, propriedade, contratos, obrigações, família e sucessões. Além disso, não eram considerados atos de comércio as atividades ligadas a: agricultura, imóveis, construção e locação, prestação de serviços, profissão intelectual e cooperativas. O direito civil já era marcado por ser dedutivo, formal, regional, lento, restritivo, estático, gratuito e individualista. Já o direito comercial se propôs como indutivo, informal, universal ou internacional, célere, elástico, dinâmico, fragmentado, oneroso e massificado. E tais características marcam o atual direito empresarial contemporâneo também como indutivo, formal, internacional, célere, elástico, dinâmico, fragmentado, **oneroso** e massificado.

Já a corrente que defende a autonomia do ramo, leciona que as práticas comerciais foram incorporadas pelo estado, sendo a ceara comercial sempre tida como ramo autônomo desde a sua origem. Foi incorporado ao direito privado pela codificação. E esta codificação se deu de forma separada: civil e comercial. E desse modo, o ramo comercial foi consolidado como autônomo no direito privado.

## **PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL: Do código civil de 2002 ao atual projeto de código comercial**

A justificativa para a elaboração de um novo código civil em 2002 e não pela reforma do código civil anterior de 1916, se deu principalmente pela nova principiologia (novos conjuntos de princípios) concebidos pela Comissão Organizadora do ante projeto. Tal comissão instituiu os novos princípios norteadores código civil de 2002, são eles: socialidade, eticidade e operabilidade. Além disso, a parte I do código comercial de 1850 foi incorporada pelo novo código civil sob o título: “direito de empresa”. Além disso, outras inovações foram acrescentadas na compilação, como: a limitação parcial da autonomia legislativa do direito comercial, a unificação de obrigações civis e empresariais, a adoção da teoria da empresa e aplicação da filosofia e princípios do novo código para questões de direito comercial.

Pela simples interpretação jurídica, poder-se-ia concluir que as obrigações assumidas pelos empresários devem ser tratadas da mesma forma que as obrigações civis. Porém, na aplicação da norma deve-se levar em consideração o fato e sua consequência jurídica, a qual se verá é diferente em âmbito civil e empresarial, apesar da harmonia existente entre ambos os ramos. Para isso, faz-se necessário analisar o tripé de valores do código civil de 2002 e qual a relação existente entre eles e o direito de empresa.

O primeiro tronco deste tripé é o **princípio da socialidade**. É deste princípio que decorre os outros dois, já que ele se revela como a prevalência dos valores coletivos sobre o individual. Tal princípio se fez necessário, uma vez que o código civil de 1916 tinha um caráter individualista e assim se precisava da atenção dos membros de sociedade para que as exigências de sua existência sejam tidas como coletiva, já que a convivência é uma necessidade humana. Ou seja, não somos pessoa senão dentro de um contexto, num todo, em interação dentro de uma comunidade, e isso não significa o predomínio do bem comum, do interesse coletivo ou da justiça social, mas sempre da realização do cidadão.

O direito existe para possibilitar a realização do cidadão como pessoa. A lei de introdução ao CC de 1942 já previa que, na aplicação da



norma, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. Tal princípio ainda se fez necessário uma vez que os valores individualistas são fundamentos do capitalismo e, como tudo parece indicar que a sociedade optou pelo modelo capitalista, se faz necessário a prevalência dos valores coletivos sobre o individual.

Para que os valores coletivos prevaleçam sobre os individuais é necessário ética na realização dessa tarefa e, por isso, fez-se necessário a instituição de outro tronco do tripé chamado de **princípio da eticidade**, o qual se traduz na preocupação com a boa fé, equidade e critérios éticos os quais devem estar presentes no elemento subjetivo que preside a conduta humana. Jacy de Souza Mendonça doutrinou a respeito deste princípio a luz do CC/02: *“o negócio jurídico só se aperfeiçoa e só é legalmente protegido se resultar não apenas de uma vontade isenta dos vícios do consentimento (que já eram conhecidos no código anterior), mas além disso, estiver motivada ou impulsionada pela boa fé. Caso contrário, haverá sempre uma sanção, punição para quem procedeu de má fé”*. Agora no CC/02 se realça tal força que já era existente.

Outro pilar como condição *sine qua non* seria possível a redação de uma nova compilação baseada na atual necessidade de novos valores é o **princípio da operabilidade** que diz respeito ao procedimento, às vezes com maior discricionariedade, adotado pelo juiz com o objetivo de conferir maior efetividade ou concretude aos princípios da socialidade e eticidade em sua decisão. Há dois sistemas utilizados para decidir um conflito de interesses, sendo que em um a decisão está condicionada a dicção do dispositivo legal (*civil law*) e no outro a livre edição do direito pelo juiz (*common law*) e, não podemos importar esse sistema americano para o nosso país, uma vez que é estranho ao nosso cotidiano, pois nós, operadores do direito, utilizamos de uma cultura baseada em fundamentações legais e positivadas para a solução dos litígios, diferente dos magistrados americanos que foram treinados para dizer o direito livremente e assumem essa responsabilidade.

## **O novo direito de empresa no CC/02**

Faz-se necessário abordar o conceito de empresa nesse estudo, sendo segundo o aspecto econômico, uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais voltados para um resultado econômico, encadeada por uma ação organizadora destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços tendo como objetivo principal o lucro.

Já de acordo com o código civil/02 adota-se a teoria da empresa em que a lei considera empresa: a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966, CC/02). O novo código civil, por incorporar muito da matéria mercantil e quase extinguir o código comercial, este ramo ainda não perdeu a sua autonomia, uma vez que o novo diploma não regulamentou todas as matérias comerciais. Ficam de fora por exemplo falências, marcas e patentes, concorrência, títulos de crédito, comércio marítimo dentre outros. Assim, o direito empresarial conservou a sua autonomia, uma vez que pode-se delimitar o seu campo próprio de incidência possuindo institutos, características, métodos, princípios e fontes próprias.

Um exemplo disso são as características peculiares do ramo comercial que o diferencia do civil: ele é mais dinâmico, instrumental, informal, oneroso (persegue o lucro), massificado, internacional (universal) e inovador. É definido por Wilges Bruscato, como ramo do direito privado que regula as relações provenientes da atividade de produção e circulação de bens e serviços exercida com habitualidade e intuito de lucro, bem como as relações que lhe sejam conexas e derivadas. As atividades de natureza intelectual, de cunho literário, científico ou artístico não são abrangidas porque, embora possam produzir bens ou serviços, falta-lhes o elemento de empresa, que é a organização dos fatores de produção, já que a atividade lá nasce das habilidades intelectuais das pessoas que as exercem, porém, nada impede que tais atividades sejam prestadas organizando-se em empresas (exemplo das grandes clínicas de medicina e escritórios de advocacia).

O Código comercial brasileiro de 1850, como derivação do código comercial francês, centralizou a sua regulamentação nos atos de comércio para delimitar a matéria de sua competência. Mesmo com a extinção da jurisdição especial em 1875, a caracterização de comerciante

continuou sendo importante para aplicação dos dispositivos específicos, em razão da especialidade das atividades como a falência e concordata, locação comercial e escrituração comercial regular. Com isso, a teoria dos atos de comércio não se mostrou capaz de atender ao dinamismo social, adotando-se em 1942 (na Itália), a teoria da empresa.

A respeito das principais características do direito empresarial, tem-se que o método utilizado pelo ramo é o indutivo, ou seja, observa-se os objetos e as partes para construir um todo. Ele parte da observação da realidade, acompanhando a vida econômica e chegando por meio dela, aos princípios gerais.

Dinamismo e Agilidade são necessários para acompanhar o movimento das relações econômicas já que os atos empresariais devem acompanhar os avanços jurídicos para se concretizarem.

Internacionalismo e inovação são marcantes nas operações inter cambiais também, já que se realizam entre povos, o direito comercial adota convenções internacionais para não ver a economia nacional suplantada por outras e inova acompanhando os progressos tecnológicos, já que sofre influências dos mercados. A onerosidade é característica essencial ainda, pois o objeto do direito de empresa é a atividade que sempre busca o lucro.

A Massificação do direito empresarial se fez necessária, uma vez que os seus atos se realizam em larga e ampla escala em certo nível de mercado e não dirigidos a indivíduos determinados. A instrumentalidade também se mostrou expressa, pois o direito empresarial deve dar forma jurídica para a realização de negócios e relações comerciais, que deve acontecer sem excessos de formalismos.

Além dessas características explicitadas, a noção de propriedade é diferente no direito empresarial, porque no ramo ela é vista de modo dinâmico, ou seja, um meio de geração de riquezas, o que não ocorre no direito civil por exemplo, onde ela é um objetivo em si mesma para seus detentores. Assim como a boa fé objetiva é princípio regulatório e base das relações jurídicas, a aparência também é necessária ao ramo, já que com ela pode-se assegurar e garantir a atividade mercantil e a higidez do mercado, pautando-se por aquele princípio maior. Dessa característica decorre a

solidariedade passiva entre os sócios (como a desconsideração da personalidade jurídica, *ultra vires societatis e insider trading*), dando assim mais segurança jurídica às relações comerciais.

## **Fontes**

As origens concretizadas pelas práticas comerciais reiteradas, as quais resultaram nas fontes do direito empresarial podem ser classificadas em: históricas, uma vez que textos e documentos encontrados desde a antiguidade, como o código de Hamurabi, o Digesto do direito romano, estatutos das corporações de ofício, código napoleônico e as partes revogadas do antigo direito comercial contribuíram para a formação do direito empresarial contemporâneo.

Tais fontes ainda podem ser classificadas em materiais, formadas por elementos que corroboram, estimulam e dão início à criação das leis empresariais, são os usos e costumes que determinam as especificidades do ramo comercial. E as fontes formais que seriam a manifestação ou exteriorização da norma jurídica empresarial como as leis, contratos e as convenções entre as partes. É devido às exigências dos fatos econômicos (desenvolvimento dos usos e costumes inerentes à atividade mercantil) que deram origem as características e princípios próprios, e, usando-se do método indutivo (adaptação a realidade) que o direito comercial pode evoluir para o atual direito empresarial.

## **A empresa e sua função social**

A Constituição estabelece no art. 5º que a propriedade deve atender a sua função social. O mesmo acontece na regulação do poder econômico no art. 170 e seguintes da CF/88. O empresário, singular ou coletivo para exercer a sua atividade deve ser titular de bens, ou seja, é proprietário e, portanto, deve atender a função social da sua propriedade. A propriedade empresarial atende a sua função social segundo a ótica empresarial, quando ela frutifica, ou seja, produz.

Então ela pode produzir sem limites? Não, para atender a função social, ela deve produzir, mas sempre cumprindo os limites da lei (a

sua atividade deve se desenvolver de forma a respeitar os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes, sem agredir o meio ambiente e recolhendo os impostos e taxas que lhes couberem). Algumas empresas até extrapolam e atendem de forma tão perfeita a esse princípio, quando promovem práticas de responsabilidade social (as quais são obrigação do estado, ou seja, oferecem serviços a comunidades, formação profissionalizante, cultura e arte), e assim, acabam tendo a sua imagem cada mais valorizada. Porém, isso não pode ser uma exigência para a empresa, já que é tarefa do estado.

### **Aplicação dos princípios do CC/02 ao direito de empresa:**

Vivante, em 1929, afirmou que o direito de empresa não poderia se unir ao civil. Entendia que se aplicarmos os princípios norteadores do CC/02 (socialidade, operabilidade e eticidade), teríamos uma legislação de desestímulo a atividade empresarial. Isso, porque com relação à socialidade, nem tudo o que atende ao interesse coletivo serve para a sociedade, uma vez que antes das leis de cunho jurídico, existem as leis que regulam a própria natureza e o comportamento humano. Um exemplo é a necessidade de recursos da iniciativa privada para produção de medicamentos essenciais ao ser humano, os quais os governos não destinam verbas e não tem estrutura suficiente para a sua pesquisa científica.

Quanto a eticidade, a boa fé não pode ser tida como única manifestação da ética, mas tê-la como ponto de partida para estabelecer e conduzir as relações negociais. E a operabilidade deve ser vista com uma certa prudência, uma vez que a dose desse princípio conferida pela tradição do common law é inusual entre nós, ou seja, nós (os agentes do direito) e nem os destinatários da prestação jurisdicional estamos acostumados a operar com esses parâmetros. Além disso, são imprescindíveis que haja nas relações comerciais, muita confiança, certeza, segurança jurídica e credibilidade. Porém, há uma obrigatoriedade das relações empresariais atenderem aos princípios do CC/02 e isso não causará desestímulo a atividade mercantil, uma vez que a harmonização desses princípios com os interesses empresariais, representa a otimização e estímulo de aplicação dos recursos na produção como consequência da agregação de valores sociais

(atendendo ao princípio da socialidade, o mais importante), como geração de empregos, impostos, desenvolvimento, avanço tecnológico, aumento da facilidade do acesso aos bens e serviços pela população é um incremento para a maior circulação de riquezas.

### **Princípios gerais do direito comercial**

Após análise dos princípios que formaram o tripé de embasamento na elaboração do novo Código Civil de 2002, passa-se à abordagem de quais bases se fixaram no ramo comercial. O princípio da livre iniciativa, presente no caput do art. 170 da CF/88, garante o direito de acesso ao mercado de produção de bens e serviços por conta, risco e iniciativa própria do homem que empreende qualquer atividade econômica. Junto a esse princípio há outro que pode impor alguns limites à atividade econômica. É o da liberdade de competição ou livre concorrência, art. 170, IV, CF/88, em que se a atividade econômica resulta em dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, ela deverá ser considerada abusiva e ilícita. O objetivo deste princípio consiste em assegurar uma estrutura e comportamentos concorrenciais de vários mercados no pressuposto de que o mercado é livre, e assim, ele seleciona os mais capazes e eficazes de produzir para atender a necessidade dos consumidores com base na melhor qualidade e menor preço.

Ao lado desses princípios há outro caracterizado pela função social da empresa presente no art. 5º, XXIII, 170, 182 e 186 da CF/88. Para atender a função social, a empresa deve produzir, mas, sempre cumprindo os limites da lei (a sua atividade deve se desenvolver de forma a respeitar os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, dos concorrentes, sem agredir o meio ambiente e recolhendo os impostos e taxas que lhes couberem).

### **Princípios do direito societário**

Como subdivisão dentro do ramo empresarial, surgiu-se o direito societário com o fito de regulamentar a autonomia da vontade presente nas relações jurídicas ou operações inter empresas e sócios de diferentes ou da mesma sociedade. O princípio da liberdade de associação é presente no art. 5º, XVII e XX, CF/88. Tal princípio repele a intervenção estatal, salvo nos

casos de associação para fins ilícitos ou paramilitar. Assim, o direito empresarial deve permitir e garantir num ordenamento capitalista, a cooperação entre os agentes econômicos por meio de acordos voluntários que envolvam a sua associação para fins lícitos.

Outro princípio que infelizmente é tido como mitigado pela atual jurisprudência dos tribunais na busca do crédito pelo devedor insolvente é o da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e Subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, os quais são muito importantes para o desenvolvimento econômico do país, a fim de que os investimentos continuem sendo feitos pelos empresários e empreendedores, já que garante a sobrevivência da pessoa física do sócio, uma vez ainda que o mundo se encontra carente de tais investimentos pela crise que se perpassa. Com a devida eficácia que deveria ser conferida á proteção deste princípio, os agentes econômicos iriam se sentir cada vez mais motivados a investir garantindo-se preços justos, produtos de qualidade e melhor qualidade de vida. Apesar de a responsabilização dos sócios muitas vezes não respeitar o requisito da fraude (art. 50 CC), ainda há decisões que o respeitam, como exemplo, se a parte nomeia bens a penhora ou garante a execução nos moldes do art. 655, CPC, não haveria que se falar em invasão do patrimônio particular dos sócios.

Já com o fito de fazer valer o princípio da proteção do sócio minoritário em razão dos abusos que o direito pode ocasionar em desfavor da própria sociedade, a lei estabelece exceções a determinadas deliberações, punições quanto ao abuso do poder de voto, proibição do voto em conflito de interesses, já que cada participação no capital social corresponde a um voto e a maioria dessa participação é a que definirá os rumos sociais. Com o “novo mercado” da BMF Bovespa, houve melhoria na proteção do minoritário quando do direito de recesso e necessidade de apenas ações ordinárias a eles pertencerem, bem como resolução de conflitos pela arbitragem.

### **Princípios do direito cambiário**

Como o assunto abordado neste estudo são os princípios do direito de empresa de forma geral, faz-se necessário destacar outro desdobramento deste ramo tido como o direito cambiário. Essa parte lida com

as relações jurídicas que possuem natureza cambial, mais notadamente os títulos de crédito, endosso, cessão de crédito, aceite e aval.

O princípio da cartularidade materializa o título de crédito como o documento necessário para se exercer o direito literal e autônomo que nele consta. A sua exibição pelo credor ao devedor são indispensáveis para o cumprimento da obrigação nele consubstanciada. A cópia autenticada do título é entendida por Fabio Ulhôa como documento que não confere garantia como o original, podendo ela nesse caso ter sido transferida a terceiros, devendo quando do ajuizamento de execução fundada em título de crédito, instruí-la com o documento original. Daí lembra-se a necessidade em evitar casos como o do advogado de defesa que requer vista do processo e literalmente come o título de crédito extinguindo-se assim a lide, já que ausente o principal pressuposto que embasa a pretensão.

Já pelo princípio da literalidade, entende-se que o título de crédito deve conter todos os direitos conferidos ao credor, uma vez que “vale no título o que nele está escrito”.

Outro norte caracterizado como originário da autonomia da vontade é a autonomia das obrigações cambiais, que assegura a circulação dos títulos de crédito. Assim, quando em um único título houver mais de uma obrigação, a irregularidade, invalidade ou ineficácia de uma não prejudica as demais. Deste princípio decorre outros dois: abstração e inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa fé. Do primeiro, deduz-se que quando o título é transferido ao terceiro de boa fé e circula no mercado, passa a ser irrelevante a causa ou a motivação que lhe deu origem. E de acordo com o segundo, o credor e devedor não podem alegar um contra o outro matéria que não esteja diretamente relacionada ao título, exceto quando o terceiro agir de má fé.

### **Princípios do direito contratual dos empresários:**

No segmento dos contratos, o pilar do direito privado que rege as relações entre sociedades é o princípio da autonomia da vontade, em que desde que a vontade manifestada nos instrumentos jurídicos não fosse viciada (vícios do consentimento), o contrato obriga o indivíduo ao cumprimento da obrigação. Tanto a interpretação dos contratos, como a



intervenção do estado (como exemplo nos contratos de adesão nas relações de consumo, em que o consumidor deve aderir às cláusulas é uma exceção a este princípio), devem se dar de forma a estimular a prosperidade e o desenvolvimento da sociedade. Assim como, os limites impostos pelo estado à autonomia da vontade devem assegurar o equilíbrio e a harmonia entre os princípios e valores constitucionais (dignidade humana e livre iniciativa).

Como decorrência do princípio *pacta sunt servanda* no direito romano, a plena vinculação dos contratantes ao contrato serve para assegurar a obrigatoriedade do cumprimento das relações contratuais. Dessa forma, atende-se a segurança jurídica e contribui-se para o desenvolvimento econômico e social.

Assim como a proteção do contratante economicamente mais fraco da relação é necessária devido à desigualdade que ocorre entre contratantes submetidos ao mesmo sistema jurídico, já que as pessoas jurídicas se diferem em relação ao conhecimento industrial e intelectual, tecnologia e porte econômico, deve-se resguardar o empresário ou sociedade mais fraca das consequências decorrentes de sua dependência econômica em relação à parte mais forte, não se aplicando para as sociedades iguais nestes termos citados acima (aquelas que possuem recursos suficientes para negociarem e, por isso não há dependência econômica de uma parte para com a outra).

Além dos princípios explicitados, o reconhecimento dos usos e costumes comerciais é de onde que se extrai a característica da informalidade do direito comercial, e, partir dessas práticas encontra-se fundamentos para a regulação das relações empresariais. O código comercial já tratava de um modelo hermenêutico para a interpretação das leis (art. 291) e dos contratos (art. 131), o que, na atual legislação (unificação entre civil e comercial) evoluiu para um modelo jurídico pelo qual os costumes são elencados como fontes do direito expressamente no art. 4 da Lei de introdução ao Código Civil.

### **Princípios do direito falimentar**

Assim como a alteridade no direito do trabalho é entendida como o empregador a pessoa que assume os riscos da atividade econômica que

empreende, a inerência do risco á qualquer atividade empresarial equivale á conclusão de que risco e resultado convivem na dinâmica da realidade empresarial. Enquanto o empresário se sujeita a diversos fatores externos, como mudanças tecnológicas, concorrência, economia, política dentre outros que colocam as empresas sujeitas a riscos no desenrolar de suas atividades, fazendo-se necessário a adoção de técnicas que forneçam informações sobre a ocorrência desses fatores sobre os resultados. E, pelo empresário não ter controle sobre eventuais fatores que podem afetar a produção, que ele se submete a tais riscos da atividade econômica, sendo este um pressuposto para o seu desenvolvimento.

Em relação ao Impacto Social da crise em que a empresa possa estar sujeita, a crise financeira ocorre quando a empresa não tem fluxo de caixa para honrar seus compromissos. A crise patrimonial é a insolvência, quando há insuficiência de bens ativos para satisfazer o passivo. A importância econômica da empresa a fim de que a crise evite impactos sociais, encontra-se no art. 47 da LRF (Lei 11.101/05), onde deve se submeter a recuperação judicial com o objetivo de superar a situação de crise a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, preservando-se assim a própria empresa, in verbis:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A transparência nas medidas de prevenção e solução da crise não é só princípio, mas constituem métodos como a lei de falências e recuperação de empresas e a forma de superar a crise por meio do acordo voluntário com os credores, deve sempre preocupar-se com a transparência dos atos realizados pelo devedor empresário a fim de se permitir uma fiscalização dos credores no correto cumprimento das obrigações contidas no plano de recuperação.

Outro pilar é o tratamento paritário que deve haver entre credores, onde os credores em caso de falência de um devedor insolvente devem ser tratados de maneira igualitária. Porém deve-se lembrar do art. 83 da lei de falências que estabelece a ordem de preferência para recebimento do crédito entre os credores. Primeiro os trabalhistas, depois os reais e depois os quirografários. Ou seja, os credores da mesma espécie devem ser tratados igualmente. Um exemplo ocorre quando a justiça do trabalho penhora um bem da massa falida ou mesmo um bem pessoal do sócio ou administrador do devedor para garantia de um crédito trabalhista individual, estaria indiretamente prejudicando o recebimento dos demais créditos trabalhistas (o coletivo). Se esse bem da massa falida pertence a todos os credores trabalhistas, não pode o juiz destiná-lo a garantir o recebimento de um só credor apenas, senão um recebe e os outros credores não possuirão mais nenhum meio eficaz de execução.

### **O projeto do novo código comercial e as atuais tendências do direito comercial**

O projeto de lei 1.572/2011 que institui o novo código comercial se baseia em quatro princípios: aumento da segurança jurídica, melhoria do ambiente de negócios, desburocratização no exercício da atividade econômica e a modernização de conceitos. Com tais princípios, a tendência do novo código é promover um ambiente propício ao desenvolvimento da atividade econômica, a autorregulação, harmonização das legislações societárias, resgate da autonomia da vontade, regras específicas para as companhias fechadas, normas de cunho preventivo, etc..

A nova codificação comercial ainda propõe que sejam afastadas as tentativas de se invocar princípios do direito civil e do consumidor, tendo como objetivo o regramento de princípios próprios do direito comercial. Um exemplo de uma nova proposta do novo código comercial é a de que, havendo impasse entre os sócios, as duas partes apresentam o valor que entendem valer as quotas de emissão da sociedade e aquela que apresentar o valor mais alto terá o direito de vender as suas quotas para a outra parte ou comprar as quotas da outra pelo referido valor.

Outro exemplo é a proteção conferida pelo novo código ao acionista não controlador, em que este sócio que não integra o bloco de controle costuma ter os seus direitos desrespeitados e, por isso, o art. 158 do novo código confere uma proteção geral a essa figura onde os sócios não controladores devem ser protegidos, e o art. 159 confere proteção explícita em que este novo código reconhece para a pessoa do sócio não controlador seus direitos essenciais, insuscetíveis de alteração sem sua anuência expressa e pela responsabilização do controlador em caso de exercício abusivo de seu poder, conforme dispositivos abaixo:

Art. 157. Na sociedade anônima, o poder de controle pode ser:

I – totalitário, quando o controlador titula a totalidade ou quase a totalidade das ações com direito a voto;

II – majoritário, quando o controlador titula mais da metade das ações com direito a voto;

III – minoritário, ou difuso, quando o controlador titula menos da metade das ações com direito a voto; ou

IV – gerencial, ou pulverizado, quando o acionista com o maior número de ações com direito a voto titula percentual reduzido do capital votante.

Parágrafo único. O controlador pode ser um acionista ou bloco de acionistas vinculados por acordo.

Art. 158. O poder de controle deve ser usado com vistas ao cumprimento da função social da companhia e realização de seu objeto.

Art. 159. O titular do poder de controle responde civilmente pelo seu exercício abusivo.

Art. 160. Na responsabilização do titular do poder de controle por danos à companhia, aplica-se o disposto na lei relativamente à substituição processual desta pelo acionista, em caso de responsabilidade de administrador.

Nesse sentido, o professor Haroldo Verçosa ponderou: “o sentimento que acode ao interprete diante dessa novidade é de que os sócios minoritários são considerados eternos incapazes relativos, sem competência para autonomamente cuidarem dos seus interesses (ou seja, o controlador acaba tendo sido como a figura perversa, que comete abusos e tira proveito da sua posição), que, precisam da intervenção do estado, na pessoa do judiciário, para verem os seus direitos protegidos, mesmo na iniciativa individual.”

Com relação à tendência para elaboração de regras preventivas, isso se faz necessário uma vez que, como geralmente as relações societárias são a longo prazo, os contratos são incompletos e não há como prever todos os conflitos que irão surgir no futuro. Dessa forma, regramentos preventivos em acordos de acionistas ou mesmo nos atos constitutivos de sociedade devem ser feitos para solução de conflitos futuros sem que haja intervenção do poder judiciário. Assim, faz-se necessário que os dispositivos do novo código comercial estejam em consonância com essas tendências para a melhoria do sistema.

É necessário recuperar os valores do direito comercial, uma vez que, pela notícia e análise dos processos atuais, eles sofrem grande derrota para os valores das outras áreas (consumidor, tributário, trabalho e demais). Cita-se o exemplo do princípio da limitação da responsabilidade dos sócios que muitas vezes é desprestigiado e acaba por prejudicar o investimento em nome do interesse geral da coletividade. Isso é muito importante, porque esse princípio que confere proteção a um interesse privado corresponde à proteção de interesses metaindividuais da coletividade já que limita os riscos do investimento e, assim, contribui para o barateamento dos produtos e serviços oferecidos ao mercado consumidor. Este é um exemplo dentre outros que serão analisados, os quais, apesar da unificação do direito comercial com o direito civil no CC/02 (a qual acentuou os valores comerciais), demonstram a necessidade de uma nova codificação comercial, já que a parte não revogada do código comercial de 1850 (direito comercial marítimo) não é capaz de regular os valores comerciais com os quais hoje nos deparamos. Com isso, analisemos as partes mais significativas da mudança.

A primeira delas diz respeito ao registro público de empresas pelo qual atualmente, toda a documentação exigida para o registro é restituída ao requerente, mas fica um registro dessa apresentação desprovido de quem a fez e qual seria a irregularidade, se houver, detectada pela junta. O projeto do novo código prevê que feita a exigência, é vedado qualquer registro, averbação, assentamento, ou outra informação a respeito do requerimento a fim de se evitar quando de conflitos entre os sócios, que o advogado submeta ao registro documentos similares ao contestado e que não

podem ser arquivados na junta. Outra mudança é a possibilidade de o estado, por meio de lei estadual, mediante prévia concorrência, conceder o serviço de registro público para as sociedades de propósito específico. Mas os estados que preferirem manter o serviço diretamente ou por autarquias não serão impedidos.

No tocante ao nome empresarial, o novo código pretende acabar com a distinção entre firma e denominação. Faz isso eliminando a figura da firma, porque abandonou-se há muito tempo o costume da 2ª fase do direito comercial onde o comerciante usava uma assinatura diferente para os atos de comércio e hoje há a assinatura digital. Também é conferida proteção do nome empresarial em todo o território brasileiro e não somente aos limites do estado, fazendo isso por meio de um cadastro nacional de nomes empresariais registrados. Com relação à prescrição para conferir maior segurança jurídica aos negócios empresariais, há a sugestão de prever como prazo geral de prescrição o de 5 anos, método diferente do estabelecimento para o código civil de 2002 onde há prazos diferentes para cada tipo de demanda judicial.

É considerado um avanço tecnológico o suporte eletrônico, devido ao princípio da equivalência funcional dos suportes, o meio eletrônico para atos societários, títulos de crédito e escrituração mercantil, pode oferecer a mesma segurança jurídica que o papel. Com o objetivo de abrigar na lei apenas o tratamento geral, há ainda uma sugestão de conferir à CVM maiores poderes para disciplinar a companhia aberta. Operação almejada por ambiciosos, a alienação do poder de controle possui a sugestão de abolir a obrigatoriedade de oferta pública para aquisição de ações votantes em toda operação de alienação de controle de companhias abertas, para quando as companhias de capital aberto julgarem oportuno oferecer o direito de saída conjunta como meio de atrair os investidores ela poderá fazê-lo por auto discricionariedade e as que não compartilhem essa ideia não convém ficar sujeita a tal obrigação.

Além disso, a sociedade anônima é tida como modelo, já que o novo código a elegeu como modelo de empresas e regulou os outros tipos societários também.

A fim de protegerem os sócios de obrigações trabalhistas da sociedade, as quais devem ser cumpridas, bem como a fim de se evitar decisões catastróficas da justiça do trabalho quando desconsideram a personalidade jurídica, por exemplo, o novo código propõe que o acionista controlador de SA e os sócios com mais de 10% do capital da LTDA poderão ser responsabilizados pelas obrigações trabalhistas da sociedade até o montante dos lucros que tiver recebido da pessoa jurídica, desde o exercício em que teve início o contrato de trabalho. É uma forma de manter o princípio da limitação dos riscos da atividade empresarial imprescindível ao barateamento dos produtos e serviços oferecidos no mercado.

Ainda segundo o projeto do novo código comercial, ao membro do conselho de administração não tem mais sentido impor a qualidade de acionista da SA. Assim, qualquer pessoa, acionista ou não pode integrar o conselho de administração o que conseqüentemente irá afastar a prática de transferir ao candidato uma ação no caso de encerramento do mandato do indivíduo ocupa o cargo.

As associações e fundações somente poderiam explorar atividade econômica por meio de uma sociedade por ela constituída. Isso acabaria com as distorções que ocorrem com relação a essas entidades que, apesar de possuírem fins não econômicos, servem indevidamente á exploração de atividade empresarial sem se submeter aos efeitos da falência.

Corroborando a criação da empresa individual, a sociedade empresária unipessoal não apresenta dificuldade em sua fiscalização, assim como não há na pluripessoal, deve-se haver a unipessoal e acabar com a exigência de que o sócio chame alguém de sua confiança para ter participação apenas para atender uma exigência legal.

Algumas mudanças ainda com o novo código comercial faz-se necessário ressaltar, como o contrato de agência que substituirá o nome da atual "representação comercial". Além disso, a conta de participação deixará de ser classificada como pessoa jurídica e passa ser contrato empresarial, já que é um contrato de investimento comum. Com relação a crise da empresa, o novo código deve estabelecer as normas materiais e a lei 11.101/05 as normas processuais. Além disso, institui-se a suspensão

unilateral de pagamentos, instituto que visa poupar o Judiciário de se envolver em casos que o próprio mercado é capaz de solucionar.

## **Conclusão**

Consoante à evolução histórica do atual direito empresarial, percebe-se que o ramo adquiriu características, institutos e princípios próprios oriundos das práticas comerciais. Além disso, com o projeto de novo código comercial, a disciplina continua em constante aprimoramento de suas regras bem como busca promover o desenvolvimento econômico a partir das atividades empresárias. Uma vez conservada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, preserva-se o estímulo de investimentos por parte de empreendedores que contribuem para uma maior circulação de riquezas e barateamento de produtos. De outro, ressalva-se a necessidade da sociedade cumprir a sua função social. Dessa forma, o direito empresarial através dos poderes legislativo e judiciário deve sempre buscar o equilíbrio dessa balança pela qual não haverá descumprimento de quaisquer obrigações, sejam de natureza tributária ou trabalhista, e a busca pelo lucro possa promover o desenvolvimento econômico e social da nação.

## **Bibliografia**

- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito comercial. 1º volume. 23. Ed. Saraiva. São Paulo, 1998, p. 12
- LEITE, Gisele. Fundamentos de direito Empresarial, 2013.
- BOTREL, Sergio. Direito Societário Constitucional. Uma proposta de Leitura Constitucional do Direito Societário. Capítulo 1. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. Panorama do direito comercial. Ed. Saraiva. São Paulo, 2005.
- LOSANO, Mário G. Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2007.
- HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. Revista de direito privado 2012 – RDPriv 50.
- REALLE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. Editora Saraiva. 27ª Edição. Projeto de Lei nº 1.572, de 2011. Institui o novo código de direito comercial.



ROCHA, Paulo Frank Coelho da Rocha. CASQUET, Andréia Cristina Bezerra. O projeto de novo Código Comercial e as atuais tendências do direito comercial. Revista de Direito Empresarial 2014 – ReDE3.

BRUSCATO, Wilges. Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. Revista de Direito Mercantil – 139.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Institui a lei de Sociedade Anônima.

Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil.