

Fábio Bellote Gomes

Manual de Direito
EMPRESARIAL

8^a revista,
atualizada
e ampliada
edição

2019

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Parte Geral:

Comércio e Empresa

Sumário • 1.1. Introdução – 1.2. Conceito de direito empresarial – 1.3. Características distintivas do direito empresarial no âmbito do direito privado: 1.3.1. Simplicidade; 1.3.2. Cosmopolitismo ou universalismo; 1.3.3. Onerosidade – 1.4. Fontes formais do direito comercial ou empresarial – 1.5. Teorias formadoras do direito comercial ou empresarial: 1.5.1. Teoria dos atos de comércio; 1.5.2. Teoria da empresa – 1.6. Formas de exercício da atividade empresarial: 1.6.1. Exercício individual da empresa; 1.6.2. Exercício coletivo da empresa – 1.7. O empresário: 1.7.1. Intermediação; 1.7.2. Especulação com intuito de lucro; 1.7.3. Profissionalidade; 1.7.4. Capacidade – 1.8. Da proteção constitucional à atividade empresarial: livre-iniciativa e livre concorrência – 1.9. da inscrição do empresário no registro público de empresas mercantis – 1.10. Condições para o exercício da atividade empresarial – 1.11. Vedações ao exercício da atividade empresarial: 1.11.1. Regimes tributários diferenciados; 1.11.2. As startups no direito empresarial brasileiro – 1.12. Obrigações comuns aos empresários, empresas individuais de responsabilidade limitada e sociedades empresárias: 1.12.1. Da obrigatoriedade de inscrição no registro de empresas; 1.12.2. Da obrigatoriedade de manutenção dos livros empresariais; 1.12.3. Da obrigatoriedade de confecção anual de balanço patrimonial – 1.13. Empresário inativo – 1.14. Empresário de fato e empresário irregular – 1.15. Agentes auxiliares da empresa – 1.16. Estabelecimento empresarial: 1.16.1. Definição; 1.16.2. Características gerais; 1.16.3. Elementos do estabelecimento empresarial; 1.16.4. Trespasse e responsabilidade na alienação do estabelecimento empresarial – 1.17. A empresa e o comércio eletrônico – 1.18. A empresa e a proteção ao consumidor: 1.18.1. Aspectos gerais; 1.18.2. Direitos básicos do consumidor; 1.18.3. Hipóteses de responsabilidade do fornecedor; 1.18.4. Publicidade.

1.1. INTRODUÇÃO

A atividade comercial e, mais recentemente como se verá, empresarial, é exercida pelo homem desde os primórdios das civilizações e tem propiciado a criação de nações e impérios, sendo também propulsora do desenvolvimento científico e tecnológico, além de constituir-se num elemento agregador de culturas.

Do ponto de vista técnico, por seu turno, o comércio baseia-se na produção em excedente e na troca desse excedente gerado para essa finalidade e assim denominado *mercadoria*, e que inicialmente era objeto de

troca por outras mercadorias, em prática conhecida por *escambo*, tendo sido posteriormente adotado um padrão objetivo de trocas – a *moeda*.

Por ser baseado na troca, o comércio é uma atividade tipicamente social, que exige a interação entre as partes envolvidas. Essa interação somente pode ser proporcionada pela vida em sociedade. Comércio é, desse modo, sinônimo de civilização e vida em sociedade.

No plano normativo, ao longo dos tempos, tornou-se necessário disciplinar as práticas comerciais surgidas, ainda que parte delas permanecesse orientada apenas pelos costumes, como ocorre nos tempos atuais.

Assim, desde as civilizações mais antigas como a Babilônia, com o seu famoso Código de Hamurabi, passando pela Fenícia, tradicional berço do comércio e chegando a Roma, com o desenvolvido Direito Romano, que constituiu a base de praticamente todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, sempre houve uma preocupação em disciplinar as atividades econômicas de produção e circulação de bens, dentro do que assim passou a ser denominado Comércio.

Esse processo normativo foi de certa forma paralisado durante a Idade Média, sendo que ao final desse período, com o Renascimento Comercial, a burguesia, classe social então emergente, surgida nas pequenas vilas (burgos) que se formavam na Europa, procurou disciplinar novamente as atividades comerciais de produção e circulação de bens, cujas regras, no entanto se aplicavam unicamente àqueles inscritos nas corporações de ofício, então criadas pelos burgueses, visto que constantes de seus regulamentos internos, e conforme seu ramo de atividade profissional.

No início do século XIX, como se verá, surgiu a Teoria dos Atos de Comércio, a partir da qual, a existência do comércio e de seu agente produtivo – o então comerciante – passou a basear-se na classificação formal dos atos por ele praticados (por exemplo, compra e venda com finalidade de revenda, atividades bancárias, industriais, seguros etc.), isto é, dos *atos de comércio*.

Desse modo, a especificidade das normas do direito comercial justificou o fato de essa disciplina sempre ser vista de forma autônoma em relação ao direito civil, não obstante serem ambos ramos do direito privado.

No plano doutrinário, formaram-se, ao longo de anos, correntes favoráveis e contrárias à autonomia do direito comercial, sendo que no fim do século XIX e no início do século XX ocorreram várias tentativas de unificação do direito comercial com o direito civil.

No Brasil, a ideia da unificação não é recente. Já no início do século passado, mais precisamente em 1912, o comercialista Inglês de Souza organizou um anteprojeto de Código Comercial, posteriormente convertido em Projeto de Código de Direito Privado.

Os doutrinadores favoráveis à unificação justificavam-na pela Teoria da Empresa, normatizada com base no Código Civil italiano de 1942, que foi, no âmbito internacional, um dos exemplos mais conhecidos de unificação, tendo reunido em seu Livro V grande parte do conteúdo do antigo Código Comercial italiano.

A Teoria da Empresa, como se verá adiante, está baseada na atividade econômica exercida de forma organizada por determinado indivíduo – o empresário – ou determinada pessoa jurídica – a empresa individual de responsabilidade limitada ou a sociedade empresária. Daí o conceito de *empresa* como toda atividade econômica organizada destinada à produção ou à circulação de bens ou à prestação de serviços.

A pretendida unificação, entretanto, não se concretizou como se imaginava, na medida em que não ocorreu propriamente uma simbiose entre as antigas normas do direito comercial e as do direito civil. Pelo contrário, o que se viu foi a mera reunião de normas distintas em um único código, sem que houvesse, entretanto, uma verdadeira conexão entre elas, em grau maior que o já decorrente da própria natureza de ambos os ramos do direito.

Nesse sentido, como bem observa Fran Martins (*Curso de direito comercial*, p. 26):

“De tudo se infere que a unificação do direito privado, mesmo nas legislações mais modernas, como no novo Código Civil italiano, não logrou êxito. Neste, apesar de incluídos em um único corpo de leis, os princípios do direito comercial não se confundem com os do direito civil, estando, ainda, reguladas por leis especiais as matérias que sempre pertenceram ao direito comercial. Não houve, assim, uniformidade de normas, mas simplesmente a compilação em uma só lei de matérias que, apesar de terem muitos pontos de contato, continuam a reger-se por princípios autônomos.”

No Brasil, a edição do atual Código Civil (Lei 10.406/2002) também representou uma tentativa de unificação.

Assim, em termos gerais, no Código Civil desaparecem as figuras do comerciante e da sociedade comercial, surgindo a partir de então o empresário, a empresa individual de responsabilidade limitada e a sociedade empresária, que, como se verá adiante, não podem, do ponto de vista

doutrinário, ser considerados meros sinônimos de comerciante e sociedade comercial, ainda que os tenham sucedido legalmente.

1.2. CONCEITO DE DIREITO EMPRESARIAL

O Direito Empresarial (outrora denominado Direito Comercial, pela lei brasileira) se caracteriza como o conjunto de normas destinadas a regular o exercício profissional das atividades econômicas organizadas de produção e circulação de bens, e prestação de serviços.

Apesar de estar circunscrito no âmbito do direito privado, o direito empresarial (como sucedâneo do antigo direito comercial) apresenta significativa autonomia em relação ao direito civil, que também integra o direito privado.

Nesse sentido é novamente a lição de Fran Martins (*Curso de direito comercial*, p. 23):

“Ramo do direito privado, apesar de conter certas normas do direito público (nas sociedades, na falência, no direito dos transportes), o direito comercial não se confunde com o civil, não obstante os inúmeros pontos de contato existentes entre ambos. Regulando as atividades profissionais do comerciante e os atos por lei considerados comerciais, ficam fora do âmbito do direito mercantil as relações jurídicas relativas à família, à sucessão e ao estado da pessoa, que são regidas pela lei civil. Afigura-se, assim, o direito comercial como um direito de tendências profissionais, enquanto o civil é de tendência individualista, procurando reger as relações jurídicas das pessoas como tais e não como profissionais.”

1.3. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DO DIREITO EMPRESARIAL NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO

A doutrina, em geral, costuma enunciar diversas características do direito empresarial que o distinguem sobremaneira do direito civil, no âmbito do direito privado, sendo que, dentre elas, a nosso ver, merecem especial destaque as seguintes:

1.3.1. Simplicidade

O direito empresarial possui caráter mais dinâmico e apresenta menor formalismo que o direito civil. A simplicidade afigura-se como um elemento do próprio comércio, e mais precisamente da atividade empresarial,

visto que atende a necessidades da sociedade e tais necessidades (como os alimentos, o vestuário e mesmo o crédito, por exemplo) são imediatas, daí a ausência, em geral, de formas rígidas ou solenes para a prática dos atos jurídicos no direito empresarial, característica revelada pela própria ausência de normas verificada muitas vezes nesse ramo do direito.

No direito empresarial, diante da ausência de normas específicas para regular determinada prática econômica, valoriza-se mais o costume, daí falar-se ainda hoje nos *usos e costumes mercantis* que são as práticas consuetudinárias adotadas em determinado mercado, que, no direito empresarial, quando da ausência de norma específica, são consideradas fonte secundária do direito de empresa.

Assim, como se verá adiante, há, por exemplo, modalidades contratuais correntemente adotadas no meio empresarial que não possuem qualquer base legal específica no Brasil, como é o caso dos contratos de cartão de crédito e faturização.

1.3.2. Cosmopolitismo ou universalismo

O direito empresarial tem características, por assim dizer, universais, diversamente do direito civil, que é um direito singular de cada Estado.

Isso ocorre porque, como o comércio visa ao atendimento de necessidades da sociedade, tais necessidades são muitas vezes comuns e universais. Assim, todas as pessoas, em qualquer lugar do mundo, necessitam de alimentos e de vestuário, por exemplo, o que possibilita a produtores de uma região venderem sua mercadoria a consumidores de outra, o mesmo ocorrendo entre países distintos, daí o surgimento do comércio internacional, e de um conjunto de normas próprias conhecidas por direito do comércio internacional. Tudo isso, inegavelmente, imprimiu ao direito empresarial um caráter universal ou cosmopolita e conduziu à padronização de muitas das normas nessa matéria, culminando nos dias atuais no fenômeno da globalização.

1.3.3. Onerosidade

A onerosidade é um elemento ínsito a toda relação empresarial. O empresário desenvolve sua atividade de produção de bens, circulação de bens ou de serviços de forma a obter lucro.

O elemento-chave nesse ponto é a *especulação com a finalidade de lucro*. O antigo direito comercial surgiu da necessidade de regulação da

prática de atos de intermediação na troca de mercadorias, em que o intermediário (o comerciante, agora empresário) agregava um valor àquele da mercadoria negociada, com base na necessidade do mercado (oferta e procura), auferindo maior ou menor lucro conforme as circunstâncias.

Disso resulta que o direito empresarial, que se configura como um conjunto de preceitos e normas destinado a regular a atividade econômica organizada, reflete essa onerosidade, não existindo em regra negócio empresarial gratuito. Diversamente do direito civil, em que, por exemplo, há atos e negócios jurídicos gratuitos como a doação e o comodato.

1.4. FONTES FORMAIS DO DIREITO COMERCIAL OU EMPRESARIAL

Fonte formal do direito é o elemento, jurídico ou não, que origina determinado regramento jurídico. As fontes são consideradas para fins de aplicação do direito, sendo que, na ausência das fontes primárias, são adotadas as fontes secundárias e assim por diante.

Merece destaque o fato de os usos e costumes mercantis serem considerados doutrinária e jurisprudencialmente fonte secundária do direito empresarial, o que, conforme exposto, revela a importância das práticas empresariais adotadas em determinado mercado para o fim de aplicação e interpretação do direito nesse ramo.

As fontes formais do direito empresarial podem ser ordenadas do seguinte modo:

- a) Fontes primárias: Código Comercial (Parte Segunda – arts. 457 a 913), leis comerciais e o Livro II do Código Civil – Direito de Empresa;
- b) Fontes secundárias: usos e costumes mercantis, leis civis, analogia, costumes (gerais) e princípios gerais de direito.

1.5. TEORIAS FORMADORAS DO DIREITO COMERCIAL OU EMPRESARIAL

1.5.1. Teoria dos atos de comércio

O Código Comercial (Lei 556/1850), hoje de aplicação restrita em nossa disciplina, tinha por fundamento a Teoria dos Atos de Comércio, baseada no Código Comercial francês de 1807.

Essa teoria representou uma mudança no ponto de incidência do direito comercial.

Nas antigas corporações de ofício existentes sobretudo na Europa Ocidental no final da Idade Média e início da Idade Moderna, as normas comerciais, representadas pelos regulamentos internos dessas corporações, aplicavam-se exclusivamente aos seus inscritos conforme as respectivas categorias profissionais, possuindo nítido *caráter subjetivo*.

Por seu turno, a Teoria dos Atos de Comércio determinava a aplicação das normas comerciais aos atos legalmente definidos como *atos de comércio*, atribuindo assim, um *caráter objetivo* ao direito comercial. Desse modo, uma pessoa (natural ou jurídica) se encontrava submetida às regras do direito comercial pela Teoria dos Atos de Comércio se exercesse determinadas atividades específicas, no caso do Brasil, relacionadas no art. 19 do já revogado Regulamento 737/1850, correspondendo à chamada *Mercancia*, que podia ser definida como a *prática reiterada dos atos de comércio*:

- a) a compra e venda ou troca de bem móvel ou semovente, para sua revenda, por atacado ou a varejo, industrializado ou não, ou para alugar o seu uso;
- b) as operações de câmbio, banco e corretagem;
- c) as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos;
- d) os seguros, fretamentos, riscos;
- e) quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo e à armação e expedição de navios.

O comerciante, de acordo com a definição tradicional, era toda pessoa que praticava – *profissionalmente* – atividades de produção de bens ou atos de intermediação na venda e compra de mercadorias, com intuito de lucro, ou seja, que executava atos definidos pela lei como atos de comércio, e para cuja prática se exigiam certos requisitos, como a inscrição no registro de comércio. Esse conceito não compreendia a noção de prestação de serviços como atividade comercial (com raríssimas exceções, como os serviços de transporte e espetáculos públicos, por exemplo).

Sob a vigência da Teoria dos Atos de Comércio, prevalecia o caráter objetivo do ato econômico em si, de modo que se a atividade econômica que constituía o objeto adotado pelo comerciante estivesse elencada no rol normativo dos atos de comércio, a sua inscrição no registro de comércio

seria obrigatória e a sua submissão às normas do Direito Comercial, absoluta, sendo de pouca importância as proporções econômicas de seu negócio ou o modo como estivesse organizado.

Assim, constata-se que o comércio podia ser praticado por qualquer pessoa capaz, desde que não expressamente proibida por lei, fosse ela pessoa natural ou pessoa jurídica, e atendesse a certos requisitos legais de ordem objetiva. No primeiro caso, tínhamos o *comerciante individual* (que, como veremos adiante, foi substituído pelo *empresário individual*); no segundo, a *sociedade comercial* (que, em um sentido genérico, foi substituída pela *sociedade empresária*), tendo ainda e posteriormente, surgido a *empresa individual de responsabilidade limitada*, não existente naquela ocasião.

1.5.2. Teoria da empresa

A Teoria da Empresa, surgida na Itália e normatizada pelo Código Civil italiano de 1942, tem como fundamento a atividade econômica e a sua organização. Assim, conceitua-se *empresa* como *toda atividade econômica, exercida de forma organizada, que visa à produção ou à circulação de bens ou de serviços*, em uma mudança de foco em relação ao conceito tradicional de comércio, na medida em que a Teoria da Empresa abrange também parte da atividade de prestação de serviços, até então restrita ao âmbito do direito civil.

Nesse sentido, o ponto central da Teoria da Empresa é a atividade, a ação organizada na esfera econômica, o que a doutrina convencionou chamar de empresarialidade ou elemento de empresa, que pode ser definida como sendo a organização racional dos fatores de produção. E a atividade econômica assim desenvolvida, tenderá a não guardar vínculo de pessoalidade com o seu titular, imprimindo certa *impessoalidade* ao seu exercício.

Disso resulta que, para a empresa importa preliminarmente a atividade econômica em si, sendo o objetivo precípuo da Teoria da Empresa o de assegurar a *continuidade* da atividade empresarial e a preservação da empresa (Princípio da Preservação da Empresa) e de todos os benefícios por ela gerados (empregos, tributos, desenvolvimento social etc.), ainda que muitas vezes sob a administração de outro titular que não aquele que iniciou o seu exercício.

Desse modo, está clara a inovação conceitual promovida pela Teoria da Empresa, na medida em que não mais se considera o ato jurídico em si, se mercantil ou civil, como fator norteador da incidência das normas,

respectivamente, do direito empresarial ou do direito civil, mas a organização racional dos meios de produção atribuída pelo empresário e característica da atividade empresarial. O jurista italiano Alberto Asquini, ao estudar o fenômeno da empresa no Código Civil italiano, concebeu quatro perfis diferentes para o exercício da atividade empresarial: perfil subjetivo, perfil objetivo, perfil funcional e perfil corporativo.

A esse respeito, convém citar o magistério de Marcos Paulo de Almeida Salles (“A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Malheiros, n. 119, ano XXXIX, p. 97, jul.-set. 2000):

“Coube ao jurista italiano Asquini o desbravar desta selva de dificuldades sobre a novel instituição, tal como trazida à luz do Código Civil italiano, em 1942, resultando sua decomposição interpretativa em quatro facetas sob as quais encará-la, às quais denominou de perfis, que fez publicar na Rivista del Diritto Commerciale (v. 41-I, 1943), como sendo: perfil subjetivo, perfil objetivo, perfil funcional e perfil corporativo, assim entendidos a empresa como empresário, como estabelecimento, como atividade e como instituição, respectivamente.” [...]

“Contemplando esta explicação, em que se é conduzido para o raciocínio sobre a atividade, ao invés da simplicidade do ato, como até aqui vínhamos acompanhando, vemos, ainda com Asquini, que ‘o conceito da atividade empresarial tem notável relevância na teoria jurídica da empresa; antes de mais nada porque para se chegar à noção de empresário é necessário partir do conceito de atividade empresarial. Apraz-nos, assim, dar preponderância a este perfil funcional como sendo aquele que mais bem nos coloca frente à evolução de ato de comércio, para atividade do empresário, no exercício da empresa.” [...]

“A empresarialidade decorre, a nosso ver, da reavaliação de referidos perfis do grande doutrinador italiano, que, da época em que foram elaborados ao presente momento, tiveram seu elemento causal a perfilar ora uma, ora outras de suas facetas. O crescimento da aproximação econômica dos fatores capital e trabalho acabou por colocar na empresa – e, por via de consequência, no empresário – a responsabilidade pelo desenvolvimento da atividade mercantil, ora sediando a empresa no perfil objetivo, como o quer a Lei das Sociedades Anônimas, ora no perfil subjetivo, como o demonstram as legislações fiscal e trabalhista.”

Assim, face ao advento da Teoria da Empresa, pode-se dizer que as atividades consideradas empresariais e submetidas à incidência do Direito Empresarial hoje compreendem a produção de bens, a circulação de bens e a prestação de serviços quando exercidas com empresarialidade, mediante

a organização racional dos fatores de produção, observadas as exceções legais, conforme será tratado no item 1.7 seguinte.

Clara está, também, a distinção conceitual e doutrinária existente entre os conceitos de *comerciante* e *empresário*, visto que este último abarca também a prestação (ou circulação) de serviços de forma organizada, ainda que, como se observou, na prática, seja o empresário tomado como sucedâneo legal do antigo comerciante.

1.6. FORMAS DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A atividade empresarial pode ser exercida, do ponto de vista de sua titularidade, basicamente sob duas formas distintas:

1.6.1. Exercício individual da empresa

A expressão *exercício individual da empresa* sempre foi utilizada pela doutrina comercialista para identificar a situação em que uma pessoa natural inscreve-se no registro de empresas a fim de que possa legalmente desenvolver, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade, uma atividade econômica de produção ou circulação de bens, ou ainda prestação de serviços, mediante organização empresarial, consoante o disposto no art. 966 do Código Civil.

Nesse caso, o a) *empresário individual* inscreve-se no registro de empresas com sua firma individual (seu nome próprio, por extenso ou abreviado, seguido ou não do ramo de atuação) e, como resultado disso, ainda que possua empregados e auxiliares, contrai obrigações em seu próprio nome, assumindo diretamente a responsabilidade e vinculando seu patrimônio pessoal ao cumprimento de tais obrigações, conforme o art. 968 do Código Civil.

EXERCÍCIO INDIVIDUAL – EMPRESÁRIO (ART. 966 CC)

