

DANIEL RODRIGUES THOMAZELLI

PABLO GONÇALVES E ARRUDA

SAULO BICHARA MENDONÇA

DIREITO DE EMPRESA

Introdução ao Direito de
Empresa e Títulos de Crédito

PREFÁCIO
ANDRÉ SANTA CRUZ

2^a | revista,
edição | atualizada
e ampliada

2024

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

INTRODUÇÃO

Este trabalho compreende os títulos de crédito em seus fundamentos, abordando inicialmente a noção conceitual de crédito para melhor compreender os fundamentos dos títulos de crédito a partir dos princípios cambiais. Entre esses fundamentos incluímos o princípio da documentabilidade, permitindo oferecer a equivalência funcional dos títulos de crédito escriturais. Ressaltamos que não se fala na supressão do princípio da cartularidade, mas na sua mitigação, ante ao dinamismo característico das relações patrimoniais subsidiadas pelos títulos de crédito e consolidadas pelos demais princípios, quais sejam a literalidade e a autonomia e seus subprincípios.

Como se verificará, os títulos de crédito são classificados quanto à sua regulamentação, modelo, estrutura, emissão e circulação, atentando às diretrizes regulatórias do Código Civil e leis especiais cambiais.

Superadas as pontuações introdutórias, passaremos ao estudo detalhado da Letra de Câmbio a partir de sua natureza jurídica, requisitos essenciais, intrínsecos e extrínsecos, apresentando suas idiossincrasias específicas atinentes ao ato do aceite e sua recusa, sua transferência por endosso e a garantia por aval. Ainda na abordagem do Decreto-Lei nº 57.663/1966, responsável pela conhecida Lei Uniforme de Genebra (LUG), teremos o estudo da nota promissória, analisando pormenorizadamente as especificidades da assinatura por meio digital, bem como as características da nota promissória vinculada a contrato.

Na sequência, desenvolveremos o estudo da duplicata, identificada como um título de crédito nacional, idealizado e regulamentado como forma de melhor consolidar as relações patrimoniais creditícias que se dão entre compradores e vendedores de mercadorias e serviços. Analisaremos seus requisitos essenciais, transmissibilidade e garantia, bem como a tipificação do ato de emitir duplicata simulada.

No que tange ao cheque, até então um dos títulos de crédito mais corriqueiros, enfocaremos as esfericidades dos seus requisitos essenciais, permitindo melhor compreender as complexidades que envolvem a possibilidade de emissão do cheque pós-datado, incluindo sua disciplina recém-trazida na Lei do Superendividamento. Além de enfrentar o precedente jurisprudencial acerca do cheque pós-datado, analisaremos as questões pertinentes à existência de regular provisão de fundos da forma como são consideradas pelos nossos tribunais. Ainda no tópico sobre o cheque, focalizaremos outras questões complexas, como a previsão legal da possibilidade de pagamento parcial do cheque, a possibilidade de sua revogação e oposição, as modalidades de cheque reguladas por lei, além das diretrizes acerca da sua transmissibilidade e garantia por aval, que não se confunde com o visto apostado em cheque.

No capítulo destinado a outros títulos, trataremos das inovações e atualizações legislativas dos anos de 2021 e 2022, além das cédulas e notas de crédito, especificamente a cédula de produto rural e os títulos de autofinanciamento, como o certificado de depósito bancário e debênture, as letras imobiliárias, a cédula de crédito imobiliário e cédula hipotecária, o certificado de direitos creditórios e letra de crédito do agronegócio e o certificado de recebíveis, além dos títulos armazeneiros, normalmente considerados de forma resumida e excepcional na maioria dos manuais sobre a temática, bem como das ementas das disciplinas cambiárias nos cursos de graduação de bacharel em Direito. Daí a razão pela qual decidimos aprofundar essa temática, visando a proporcionar um conteúdo mais completo e diferenciado para os estudantes em nível de pós-graduação e para os que estão se dedicando ao preparo para carreiras jurídicas a partir de seleção promovida por concursos públicos.

Em continuidade, apresentaremos as questões relativas aos prazos prescricionais de cada título de crédito tratado neste estudo, bem como os efeitos e as consequências do ato de protesto cambiário. Ao final do referido estudo, vamos considerar as ações com base nos títulos de crédito, divididas em ação de execução de título executivo extrajudicial, ação de locupletamento, ação monitória e ação pelo rito comum, conforme regulamentadas no Código de Processo Civil.

PARTE 1

DIREITO DE EMPRESA

SUMÁRIO

1. Introdução ao Direito de Empresa: 1.1. Esboço histórico; 1.2. O Direito de Empresa no Brasil; 1.3. Perfis da empresa; 1.4. A empresa; 1.5. Princípios e fontes do direito de empresa: 1.5.1. A livre iniciativa; 1.5.2. Livre concorrência: 1.5.2.1. Proteção da concorrência; 1.5.3. Liberdade econômica; 1.5.4. Função Social da Empresa; 1.5.5. Preservação ou Continuidade da Empresa; 1.5.6. Tutela da Pequena Empresa; 1.6. Objeto, fontes e autonomia do Direito Empresarial; 1.7. Correlação do Direito Empresarial com outros ramos do Direito – 2. O Empresário: 2.1. Do conceito legal: 2.1.1. Excluídos do conceito legal; 2.2. Empresário Individual: 2.2.1. Regularização formal: 2.2.1.1. Pequeno empresário, empresário rural e associações futebolísticas; 2.2.1.2. Impedimentos e incapacidades; 2.2.1.3. Empresário individual incapaz ou relativamente incapaz; 2.2.3. Empresário Individual casado; 2.2.4. Microempreendedor individual (MEI); 2.3. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): 2.3.1. Da pertinência do seu estudo; 2.3.2. Principais aspectos da Eireli – 3. Da Pequena Empresa: 3.1. Espécies de Pequena Empresa: 3.1.1. Da Microempresa: 3.1.1.1. Do Microempreendedor individual; 3.1.2. Do Empresário de Pequeno Porte; 3.2. Noções gerais – 4. Colaboradores do Empresário – 5. Registro e Escrituração Empresarial: 5.1. Registro Público de Empresas Mercantis; 5.2. Escrituração: 5.2.1. Sigilo da Escrituração Empresarial – 6. Estabelecimento Empresarial: 6.1. Conceito e nomenclatura: 6.1.1. E-estabelecimento; 6.2. Natureza jurídica; 6.3. Estabelecimento como objeto unitário de direitos e negócios jurídicos: 6.3.1. Trespasse; 6.3.2. Proteção à concorrência – 7. Elementos Incorpóreos do Estabelecimento: 7.1. Nome empresarial: 7.1.1. Espécies: firma e denominação; 7.2. Título de Estabelecimento; 7.3. Propriedade Industrial: 7.3.1. Marca; 7.3.2. Patente: 7.3.2.1. Cessão de direitos; 7.3.2.2. Licença compulsória; 7.3.2.3. Extinção da patente.

1. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE EMPRESA

O direito de empresa é resultado de uma série de transformações que acometeram as relações sociais de cunho econômico desenvolvidas entre as pessoas ao longo do tempo. Da prática do escambo à atividade empresária, o objetivo de satisfazer as necessidades e as expectativas dos envolvidos permaneceu intacta, mas o avanço tecnológico impactou na forma como as pessoas passaram a lidar com o anseio pelo acúmulo e pelo lucro. Diante desses novos desafios, as

relações jurídicas foram aprimoradas e a regulação estatal se fez e se faz cada vez mais necessária, estabelecendo regras mais equânimes destinadas aos agentes econômicos envolvidos.

O atual direito de empresa tem a atividade empresária por objeto, resultado da influência da Teoria da Empresa que inspirou o legislador pátrio a se basear no *Codice Civile* Italiano de 1942. O Código Civil de 2002 instituiu a figura do empresário como sucessor do então comerciante, fato que explica a mudança do nome da disciplina. A despeito disso o foco do agente econômico empresário é o mesmo que motivava o mercador e o comerciante. Qual seja? O lucro. Paula A. Forgioni explica a convergência das expressões direito mercantil, direito comercial e direito empresarial:

No Brasil, alguns acreditam que as expressões direito mercantil, direito comercial e direito empresarial assumiram significados diversos. O direito mercantil designaria a matéria em sua primeira fase, ligada à disciplina da atividade dos mercadores medievais; direito comercial estaria relacionado ao segundo período, em que os atos de comércio definem os limites da disciplina, e, por fim, direito empresarial seria o nome atualmente correto, porque a empresa é o centro do debate. Contudo, essa distinção é estéril, pois as três expressões são sinônimas. Em todas as fases de sua evolução, esse ramo especial do direito sempre disciplinou a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, fossem eles chamados de mercadores, comerciantes ou empresários. O traço diferenciador dessa área do direito, e que identifica seus protagonistas, sempre foi o mercado escopo de lucro (FORGIONI, 2009, p. 13).

A atividade empresária tem no lucro seu escopo. É a busca pelo retorno remunerado do capital investido que motiva o empresário, tal como motivava o comerciante e o mercador antes dele. Com esse objetivo em mente fica fácil compreender e interpretar as fontes do direito de empresa e reconhecer sua autonomia perante outros ramos do direito, especialmente o Direito Civil, haja vista que ambas as normas compartilham o mesmo diploma legal. Embora o *Codice Civile* Italiano de 1942 tenha servido de parâmetro ao Código Civil de 2002, por aqui não se verificou a unificação dos ramos do direito privado, tal como se deu na Itália.

O Direito de Empresa mantém sua autonomia em relação ao Direito Civil e aos demais ramos do segmento das relações privadas, devendo ser lido e interpretado a partir da Constituição Federal de 1988, que guarda em seus princípios

a fonte do sistema jurídico brasileiro¹. Autônomo em relação aos demais ramos do direito e submetido à Constituição Federal de 1988, o Direito de Empresa se relaciona com outros ramos do direito de forma direta em virtude de ser uma atividade econômica caracterizada por ser cosmopolita, fragmentada, informal, elástica, onerosa, dinâmica e inclusiva.

O Direito de Empresa no Brasil tem seu marco no Código Civil de 2002, mas suas raízes se encontram no Código Comercial de 1850. Conhecer e compreender os eventos que ocorreram nesse trajeto é essencial para identificar todos os seus perfis pelos quais passou a empresa e também para saber reconhecer a relevância do agente econômico para além da Teoria da Empresa.

1.1. Esboço histórico

O conceito legal de empresário não surge com o Código Civil de 2002, trata-se do resultado da construção socioeconômica iniciada com as experiências vividas a partir da segunda metade do século XII, quando membros de corporações de ofício passam a ser reconhecidos como comerciantes e o então direito comercial começa a ser aplicado, as relações econômicas passam a ser reguladas, na busca pela superação de conflitos de interesses entre os participantes das relações negociais.

Esse período se estende até a segunda metade do século XIV, quando já se registra a existência de alguns institutos que se perpetuam até os dias atuais, como instituições bancárias, contratos de seguro e relações cambiárias consubstanciadas por letras de câmbio.

Daí até o século XVIII, o direito comercial, ainda centralizado na Europa, tutela as relações jurídicas que se estabelecem entre membros de corporações de comerciantes, momento no qual o *common law* inglês contribui para o avanço para o próximo estágio evolutivo da disciplina. Um dos institutos que surgem nesse período e que segue, consolidada em processo de transformação e evolução, até os dias atuais é a sociedade por ações, a ser estudada em outro volume desta coleção.

1. Não obstante as principais disposições a respeito do Direito de Empresa estarem inseridas no Código Civil, a própria Constituição identifica a disciplina (a qual batiza de Direito Comercial) como autônoma em relação do Direito Civil, razão pela qual a unificação formal das disposições relativas à empresa ao Código Civil não teve o condão de retirar a autonomia da disciplina, que segue sendo estudada em apartado, com cadeiras específicas nas universidades e tratamento legal díspar. CRFB – Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, **comercial**, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (grifo dos autores).

No final do século XIX e início do século XX registra-se o marco histórico que consolida o conceito de comerciante, esse marco é o Código Comercial Napoleônico de 1808, que serve de referência para o nosso Código Comercial de 1850, instrumento legal que contribui para a consolidação do Direito Comercial brasileiro e de inúmeras instituições de relevância histórica. Essa legislação tem por fundamento a Teoria dos Atos de Comércio e identifica o comerciante como quem pratica os referidos atos, reconhecidos pela compra para revenda, operações bancárias, empresas e seguros. Neste sentido, lia-se no Decreto nº 737/1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de cambio, banco, e corretagem;

§ 3º As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.

A mercancia deveria ser praticada como profissão habitual para caracterização do comerciante e imposição do tratamento legal, nestes termos lia-se o art. 4º do Código Comercial de 1850. Além disso, a figura do comerciante era reconhecida de forma objetiva a partir da efetiva matrícula no Tribunais do Comércio do Império e exercício da mercancia como profissão habitual, conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de alguma delas. Embora haja quem considere a imprecisão inerente à teoria dos atos de comércio (Vicente y Gella, 1934:37/41), vários comercialistas dedicam-se à tentativa de localizar o seu elemento de identidade no próprio elenco dos atos mercantis. Uma delas, de menor inconsistência, é a de Rocco, para quem os atos de comerciais são os que realizam ou facilitam uma interposição na troca (COELHO, 2021, p. 33).

Verifica-se que o foco da legislação eram os atos de comércio e não a empresa em si, embora ela figurasse entre os atos de comércio definidos pelo Decreto nº 737/1850, embora não fosse ainda reconhecida como atividade econômica, apenas como instituição industrial, comercial ou artística (§ 3º do art. 19, Decreto nº 737/1850).

Considerando as palavras de Paula A. Forgioni em citação anterior, vê-se que o escopo de lucro do mercador, comerciante ou empresário, guarda familiaridade com uma das características do Direito Empresarial, qual seja, o fato de ser cosmopolita e dinâmico.

A limitação legal na definição dos atos de comércio, considerada atual em outro momento, é percebida como instrumento que alijou uma considerável parcela de agentes econômicos da tutela da regulação econômica. Tal fato demanda, considerando as transformações e avanços percebidos no desenvolvimento das atividades dessa natureza, uma revisão da estrutura legal. Essa revisão se iniciou com o *Codice Civile* Italiano de 1942, que apresentou ao mundo a Teoria da Empresa, transmutando o foco da norma dos atos de comércio para a empresa em si, conforme percebe Maria Theresa Zucchi, quando afirma que a Teoria da Empresa “[n]ão divide os atos civis e mercantis. O que importa é o modo pelo qual a atividade econômica é exercida. O objeto de estudo desta teoria não é o ato econômico em si, mas o modo como a atividade econômica é exercida, ou seja, a empresa” (ZUCCHI, 2004, p. 21).

De forma interessante, a legislação não define a empresa, deixando uma lacuna de maneira que a doutrina assuma a responsabilidade por definir o instituto. Para tanto estabeleceu-se o necessário diálogo entre as ciências jurídicas e econômicas, conforme previsto por Rachel Sztajn:

A colaboração entre economistas e operadores do direito poderia dar ótimos resultados na busca de normas para a atividade, sobretudo, das firmas, sobretudo, da atividade. A linguagem científica das duas áreas de conhecimento é diferente: o economista emprega matemática, ciência exata, para demonstrar suas alegações, enquanto o jurista baseia-se em conceitos e institutos. Quando, porém, o fenômeno é econômico e não só social, é de todo conveniente estabelecer o diálogo (SZTAJN, 2010, p. 161)

Para Duarte, “atribui-se à economia a ‘descoberta’ da empresa” (DUARTE, 2004, p. 25), a despeito de assertivas no sentido de que a noção de empresa tenha surgido “para o direito antes mesmo que a economia, e quiçá a própria ciência

jurídica tivesse percebido o fenômeno” (CAVALLI, 2004, p. 51). Esse diálogo já vem sendo desenvolvido em contexto amplo, reconhecendo-se que “primeiro nasce a empresa e, só então, o empresário” (DUARTE, 2004, p. 90-91). A respeito dessa definição, eis como se manifesta Márcio Souza Guimarães, baseado no Código Civil italiano:

O conceito de teoria da empresa está retratado no Código Civil (art. 966), seguindo o modelo italiano de 1942 (art. 2.082 do Código Civil italiano), quando adotada a definição de Cesare Vivante, traduzida na atividade econômica organizada que produz ou circula bens ou serviços. Conceito econômico que procurou definir a atividade empreendedora a partir da evolução do desenvolvimento da mercancia (1), substituindo o direito comercial pelo direito de empresa (2) (GUIMARÃES, 2017, p. 683).

É a empresa que qualifica o empresário; sem ela, não há que se falar em agente econômico cujas atividades focam no lucro.

1.2. O Direito de Empresa no Brasil

O Direito de Empresa no Brasil decorre da transformação sofrida pelo Direito Comercial, mediante a influência trazida pela evolução percebida nos meios voltados para o desenvolvimento das práticas econômicas pelos respectivos agentes econômicos. Essa evolução foi considerada no contexto da Segunda Guerra Mundial, quando a Itália promoveu a unificação do direito privado no seu *Codice Civile*. E, tal como o Código Mercantil Napoleônico de 1808, estruturado sobre a Teoria dos Atos de Comércio, veio influenciar nosso Código Comercial de 1850, o *Codice Civile* Italiano de 1942, estruturado sobre a Teoria da Empresa, influenciou nosso Código Civil de 2002.

Como se percebe, períodos de grandes conflitos sociais influenciam a transformação legislativa, reconhecendo que a estrutura social que subsiste após o conflito demanda novas e melhores regras para ordenar os atos socioeconômicos. Na Revolução Francesa tivemos o Código Mercantil Napoleônico de 1808, e na Segunda Guerra Mundial, o *Codice Civile* Italiano de 1942. Foram dois instrumentos legais que serviram de base para as regras postas em outros países, como o Brasil, que se valeu do primeiro na criação do Código Comercial de 1850 e, do segundo para o Código Civil de 2002.

Mas, ao contrário do direito italiano, no Brasil não se promoveu a unificação dos ramos do direito privado num único diploma legislativo. Além disso, nosso

Código Civil de 2002 pode já ter sido sancionado com certo grau de desatualização. Ao menos descontextualizado, sim. Isso porque o Código Civil é resultado dos debates realizados em sede do Anteprojeto de Código Civil apresentado na década de 1970 (PL nº 634/1975). O documento permaneceu nos arquivos do Congresso Nacional por quase três décadas, até ter o debate retomado e entrar em vigor após apenas um ano de *vacatio legis*.

Em 2002, entra em vigor o Direito de Empresa brasileiro, valendo-se dos mesmos termos utilizados no art. 2.082 do *Codice Civile* Italiano de 1942, para conceituar o empresário no art. 966 do Código Civil, conforme se constata na seguinte definição:

“E’ imprenditore chi esercita professionalmente una attivita’ economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”² (Codice Civile Italiano, Art. 2.082).

Tendo mais de 20 anos de vigência e sendo fruto de um projeto de lei que tramitou por 27 anos, além de ter sido inspirado numa legislação da década de 1940, pode-se dizer que o Direito de Empresa carece de revisão. Não pelo simples transcurso do tempo, mas pelo fato de as características da disciplina demandarem um reenquadramento nos moldes do que se pratica atualmente.

Quiçá, o conceito de empresário não seja mais suficiente para basear toda a estrutura do Direito de Empresa, que precisa ser considerado na perspectiva da relevância socioeconômica do agente econômico. O agente econômico pode ser reconhecido como gênero do qual são espécies o empresário e o não empresário. O primeiro, como se verá, desenvolve suas atividades com escopo no lucro; o segundo, não. Mas, nem por isso deve-se deixar de considerar a relevância da atividade econômica desenvolvida pelo não empresário, haja vista que, em muitas situações, ele contribui para a geração e manutenção dos postos de trabalho e emprego, a produção de bens e/ou serviços destinados ao mercado consumidor, contribuindo, tal como o empresário, para o equilíbrio concorrencial e a arrecadação fiscal.

A questão abordada por autores como Paula A. Forgioni e Márcio Souza Guimarães é complexa e vai estar sendo tratada em momento oportuno, já que temos em tramitação o Projeto de Lei nº 1.572/2011 e o Projeto de Lei

2. Um empreendedor é alguém que realiza um negócio profissional e economicamente organizado com o propósito de produzir ou trocar bens ou serviços (Tradução livre dos autores).

no Senado nº 487/2013 que pretendem, respectivamente, instituir e reformar o Código Comercial.

É imprescindível que o debate em sede legislativa considere os precedentes jurisprudenciais e as proposições teóricas apresentadas por autores e estudiosos do tema, sob pena de se promover uma reforma legislativa aquém do possível e do necessário, tal como se deu com o Código Civil de 2002.

1.3. Perfis da empresa

Como se verificará no próximo capítulo, a definição de empresa não é das tarefas mais simples de se promover, uma vez que o legislador não o fez e relegou a demanda aos pesquisadores e estudiosos da matéria, abrindo espaço para uma infinidade de ideias que por vezes nos fazem pensar. Quiçá mais fácil seja compreender a empresa como uma simples atividade, “algo abstrato” (CRUZ, 2022, p. 95), a despeito da complexidade observada na Teoria Poliédrica da Empresa, de Alberto Asquini, que a reconhece por quatro perfis diferentes, a saber:

Quadro 1 – Perfis da empresa

perfil subjetivo	Refere-se ao sujeito de Direito, focando no titular da atividade econômica empresarial.
perfil funcional	Refere-se ao conjunto de atos que constituem a atividade econômica propriamente dita, voltando-se à organização dos fatores de produção necessários para distribuição ou produção de bens e/ou serviços com o objetivo de suprir as demandas do mercado econômico.
perfil objetivo	Refere-se ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que compõem o estabelecimento empresarial. O patrimônio da empresa, cujos elementos são os objetos de direito.
perfil institucional	Refere-se aos colaboradores da empresa, designando a empresa como uma instituição/corporação onde os colaboradores exercem suas atividades funcionais.

Fonte: ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. Tradução de Fabio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 104, out./dez. 1996, p. 109-126.

Os perfis da empresa apresentados por Alberto Asquini não devem ser vistos como itens de um cardápio a serem escolhidos de acordo com a ânsia do leitor; em verdade devem ser percebidos como partes de um todo, de uma estrutura complexa e dinâmica, conforme comenta Duarte:

Asquini não aceita a tal “poliedria” da empresa [...]. O próprio autor, que, como já dito alhures, se limitou a narrar o fato, critica a identificação da

empresa com o empresário ou com o estabelecimento. No mesmo sentido é que aludiu aos tais “perfis”, defendeu um tratamento mais apurado da matéria, reconduzindo a empresa a limites mais estreitos do que os usualmente aceitos (DUARTE, 2004, p. 25).

A empresa enquanto fenômeno poliédrico representa uma atividade institucional multifacetada e adaptável à extensão da capacidade do agente econômico que atua como seu titular. Portanto, pode-se dizer que, em razão da empresa, em todos os seus perfis, as estruturas sociais em suas mais variadas idiossincrasias se sustentam em organizações jurídicas. Sem os resultados angariados pelas atividades empresárias não se teria como proporcionar saciedade às demandas dos consumidores; equilíbrio concorrencial; postos de trabalho e emprego para os cidadãos e fonte de custeio para as atividades estatais, em virtude da prática de fatos geradores de tributos. Sem atividade empresária a estrutura social ruiria. Arnold Wald dimensiona a importância da empresa para a evolução do desenvolvimento humano na contemporaneidade:

A evolução da empresa constitui um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo. Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia e as corporações profissionais, que caracterizam um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado. Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver exclusivamente da caça para se dedicar à agricultura, abandonando o nomadismo para se fixar na terra (WALD, 2021, p. 117-118).

Considerando a complexidade e a amplitude dessa realidade, vê-se quão árdua é a tarefa de compreender as razões que justificam a exclusão de agentes econômicos da tutela proporcionada pelo direito empresarial àqueles que se enquadram no conceito de empresário.

1.4. A empresa

A atividade profissional e economicamente organizada de produção e circulação de bens e/ou prestação de serviços desenvolvida pelo empresário constitui, por assim dizer, a empresa propriamente dita, considerando seus perfis. É essa atividade que proporciona resultados econômicos capazes de custear as demandas sociais. Asquini verifica esse conceito da seguinte forma:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta de definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro de diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina (ASQUINI, 1996, p. 109-110).

Independente de qual bem seja produzido e posto em circulação, ou qual serviço seja prestado, havendo o escopo do lucro, tem-se atividade empresária. Essa atividade econômica, mesmo antes de ser definida como atividade empresária, quando ainda era considerada formalmente como atividade mercantil ou comercial, sempre acarretou reflexos sociais e jurídicos.

A despeito da sua relevância, a empresa representa instituto jurídico econômico de difícil conceituação jurídica. Assim sendo, a derrogação do Código Comercial de 1850 pelo Código Civil de 2002 representou a adoção da Teoria da Empresa pelo sistema jurídico brasileiro. A aludida Teoria representa, por sua vez, o marco da unificação do direito privado, fenômeno não verificado no Brasil, haja vista a força normativa da Constituição Federal de 1988 que pugnou pela constitucionalização dos direitos privados. A esse propósito, Luis Felipe Salomão comenta o seguinte:

Ante a nova realidade econômico-social, em que se verifica a alteração dos padrões tradicionais, por via da internacionalização das relações econômicas e sociais, “obrigando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo Direito nesta fase de mutação”, o direito privado foi invadido e conformado por novas construções de direito público ou derivadas do Direito do Estado Social, tendo-lhe sido imposta uma reinterpretação dos institutos jurídicos sob uma óptica constitucional, mitigando a sua conotação essencialmente privatista (SALOMÃO, 2016, p. 546).

Ademais, ao contrário da Itália, o Brasil não unificou no mesmo diploma legal, normas reguladoras das relações civis, empresariais e trabalhistas. Apesar dos avanços legislativos e das críticas que se possam tecer em relação ao processo de mudança normativa, nem o Código Comercial de 1850, nem o Código Civil de 2002 conceituam a empresa, direcionando a demanda aos estudiosos do tema. Inobstante as dificuldades naturais enfrentadas ao tratar a demanda,

“qualquer estudo, por mais desprezioso que seja, da teoria, da noção, do conceito jurídico de empresa obriga a uma torrente de citações, que se repetem, às vezes; anulam-se, com frequência” (LOBO, 2002, p. 94).

A despeito da dificuldade em conceituar o instituto, não se pode negar o dinamismo como sua característica precípua. A empresa, que tem suas origens no escambo, passou pelo comércio e atinge direta e indiretamente as pessoas em nível global, não tem como se limitar a um conceito rígido, conforme leciona Waldírio Bulgarelli:

O conceito jurídico, como expressão do significado do fenômeno, é o mesmo econômico, sociológico, religioso ou político, na sua essência, apenas, como todos os outros, formulados de acordo com a visão e a linguagem da ciência que o elabora: no caso da ciência jurídica de forma a se ajustar às categorias instrumentais com que opera (BULGARELLI, 1985, p. 202).

A compreensão da amplitude desses reflexos inspirou a revisão legislativa, permitindo que o enquadramento legal das atividades econômicas se estendesse para além dos limitados atos de comércio, em respeito à relevância de outras atividades econômicas desenvolvidas com o escopo de lucro.

Com esse raciocínio em mente, lê-se o *Codice Civili* Italiano, em seu art. 2.082, que representa o marco legal da ampliação do enquadramento do agente econômico para além dos limites antes postos pelo Decreto nº 737/1850, que abordava apenas as atividades que facilitavam a troca. Neste esteio seguiu o legislador do Código Civil de 2002, reproduzindo o conceito legal de empresário no art. 966. Contudo, foi além, estabelecendo limites para o exercício da atividade empresarial, como se verá.

No conceito legal de empresário não se vê definição de empresa, ao menos não de forma objetiva e direta, fato que justifica o retroaludido raciocínio de Alberto Asquini. É preciso refletir sobre a empresa como fenômeno poliédrico para compreender que o agente econômico que a desenvolve, o empresário, precisa possuir determinadas qualidades essenciais para alcançar o objetivo estabelecido quando da decisão por empreender.

Antes de nos aprofundarmos no conceito de empresa, é preciso consolidar o entendimento acerca do enquadramento legal do empresário e as excepcionalidades legais a ele inerentes.

O conceito legal de empresário considera como tal aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação

de bens ou de serviços. Por profissionalmente, entende-se que a atividade deve ser desenvolvida em caráter principal, com dedicação exclusiva, não se enquadrando como empresário aquele que desenvolver a atividade em tela de forma excepcional.

A habitualidade no desenvolvimento da atividade empresária naturalmente varia de acordo com o segmento explorado, exigindo-se apenas a perpetuidade no desenvolvimento da atividade, não que ela seja desenvolvida em determinado horário formal. Ela também deverá ser economicamente organizada, sendo a organização considerada elemento essencial dessa atividade.

Por organização compreende-se a gestão da produção, dos colaboradores da empresa, dos recursos financeiros e econômicos, do patrimônio, do *compliance*³ (no sentido estrito de seu significado) e do *marketing*. A organização representa a vivificação do *know-how* que constitui o aviamento do empresário, ou seja, sua capacidade de empreender, de produzir e fazer circular bens e/ou serviços de forma a gerar lucro. Saulo Bichara Mendonça acrescenta oportunamente o seguinte comentário:

A organização é o elemento central da atividade empresarial, e pretender produzir e/ou fazer circular bens e/ou serviços de forma profissional e econômica sem organização, na melhor das hipóteses, poderá configurar uma atividade: a atividade econômica como filantrópica. Sendo a pretensão do agente econômico o desenvolvimento da empresa, sem a organização, estará fadado ao fracasso, a despeito da proporção que sua atividade venha ter ou do segmento que pretenda explorar.

[...]

Esse elemento, a organização, imprescindível ao empresário, é o que mais se assemelha ao perfil corporativo nos termos definidos por Alberto Asquini e, por conseguinte, o que se aproxima na mesma proporção à firma definida pela teoria de Ronald Harry Coase. Ao analisar elemento organização, comum ao empresário, aproximamo-nos de ambas as teorias, que tratam, jurídica e economicamente, da empresa, na qualidade de fenômeno econômico de relevância e reflexos sociojurídicos (MENDONÇA, 2017, p. 132-133).

3. A palavra “*compliance*” vem do verbo em inglês *to comply*. De forma geral, *compliance* corresponde à forma de agir de acordo com um conjunto de regras visando à operacionalização dos negócios de forma legal, em conformidade com os padrões normativos, contratuais e éticos, considerando as especificidades de cada setor no qual se desenvolvem os negócios.

Sendo pretensão do agente econômico o desenvolvimento da empresa, sem a organização, estará fadado ao fracasso, a despeito da proporção que sua atividade venha ter no segmento que explore. A organização no desenvolvimento da atividade econômica é essencial mesmo para as atividades que não são consideradas empresariais. Mesmo as atividades filantrópicas demandam de seus executores organização, item essencial para que os resultados alcançados sejam eficientes e satisfatórios.

1.5. Princípios e fontes do direito de empresa

Um dos fatos que fundamentam a autonomia do Direito Empresarial está atrelado aos seus princípios próprios, que ressaltam a essência da empresa como instrumento imprescindível ao desenvolvimento econômico e, consequentemente, ao desenvolvimento social.

No contexto do sistema capitalista de produção, o titular da empresa assume o risco do negócio, comprometendo o patrimônio amealhado a partir da sua produtividade alcançada mediante a gestão dos elementos constitutivos de empresa. A assunção desse risco se dá pela consolidação de princípios garantidores da autonomia patrimonial sobre a empresa e seus resultados, como o Princípio da Propriedade Privada, Princípio da Valorização do Trabalho Humano, Princípio da Autonomia da Vontade e os Princípios da Livre Iniciativa e Livre Concorrência, sem os quais o agente econômico não se arriscaria ao desenvolvimento da empresa. Os princípios são considerados como fontes fundamentais do Direito que atribuem certeza e solidez às relações jurídicas, conforme conceitua Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários (REALE, 1986, p. 60).

Os princípios que passaremos a tratar agora são tidos como princípios gerais do Direito de Empresa e devem ser considerados como corolários dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, contidos no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Também devemos considerar que, noutros pontos da disciplina, outros princípios específicos deveram ser considerados, como o princípio da limitação

da responsabilidade dos sócios, aplicável ao direito societário e aos princípios cambiais, que orientam as relações jurídicas que envolvem títulos de crédito, além dos princípios de direito falimentar e recuperacional.

1.5.1. *A livre iniciativa*

O Princípio da Livre Iniciativa está umbilicalmente ligado aos objetivos constitucionais de natureza social. A garantia de liberdade para empreender constitui a essência do Estado Democrático de Direito. Mais do que princípio geral da atividade econômica, a livre iniciativa constitui fundamento da República, conforme explica Eros Grau:

Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.

Já no art. 170, *caput*, afirma-se que a ordem econômica deve ser fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*. Note-se, assim, que esta é então tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado. É neste sentido que assiste razão à José Afonso da Silva, ao sustentar que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (GRAU, 2012, p. 198).

As normas de Direito de Empresa devem ser lidas e interpretadas a partir dessa lógica, visando a assegurar segurança jurídica às relações que envolvam empresários. A partir dessa premissa, pode-se verificar os empresários como trabalhadores em sentido amplo, agentes econômicos que transformam a matéria, o patrimônio, a despeito de não estarem subordinados aos contornos da relação de emprego, ao menos não como empregados. Trabalhadores empregadores, titulares do risco do negócio.

Dessa forma, verifica-se a essencialidade da empresa enquanto atividade econômica, instrumento que fornece à sociedade os bens e serviços de que necessita para sobreviver. Por essa razão, o lucro, como escopo do empresário, deve ser respeitado e reconhecido pelo seu valor principiológico. Além da produtividade, a livre iniciativa garante a geração e a fluidez de postos de trabalho e emprego e a integridade da fonte geradora de tributos, razões ímpares que justificam a proteção dos investimentos privados.

Observe-se que a livre iniciativa não se restringe à liberdade de empresa, e sim abrange todas as formas de produção. Inspira todos os agentes econômicos, enquadrados ou não no conceito de empresário. Eros Grau entende a questão da seguinte forma:

Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui também, no entanto, isso não ocorre. Ou – dizendo-o de modo preciso –: livre iniciativa não se resume, aí, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo (GRAU, 2012, p. 200).

Em outros termos, a livre iniciativa se consubstancia como princípio informador do Direito de Empresa, mas serve de base também para atividades econômicas desenvolvidas para além dos contornos atribuídos ao empresário pela Teoria da Empresa. Fato que fundamenta o raciocínio segundo o qual cada vez mais se faz necessária a releitura do conceito encapsulado na expressão “agente econômico” enquanto gênero do qual são espécies o empresário e o não empresário.

1.5.2. Livre concorrência

O Princípio da Livre Concorrência está atrelado ao Princípio da Livre Iniciativa, não apenas por força constitucional, pelo fato de ambos decorrerem da Constituição Federal de 1988, mas em virtude de que um acaba por garantir o outro. Não há sentido em ter liberdade de iniciativa se a liberdade de concorrência não for tutelada, e vice-versa, conforme defende Fábio Ulhoa Coelho:

A liberdade de concorrência garante o fornecimento, ao mercado, de produtos ou serviços com qualidade crescente e preços decrescentes. Ao competirem pela preferência do consumidor, os empresários se empenham em aparelhar suas empresas visando a melhoria da qualidade dos produtos ou serviços, bem como em ajustá-las como o objetivo de economizar nos custos e possibilitar a redução dos preços; tudo com vistas a potencializar o volume de vendas e obter mais lucros. Uma vez mais, contudo, é necessário pontuar que, ao dedicar-se ao aprimoramento das condições de competitividade de sua empresa, o empresário persegue um interesse individual inteiramente compatível com a realização dos interesses metaindividuais da sociedade. Essa intrínseca ligação de dependência entre tais interesses encontra-se nos

fundamentos da definição legal, que elege a “coletividade” como titular dos bens jurídicos protegidos pela coibição “às infrações contra a ordem econômica, orientadas pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art. 1º e seu parágrafo único da Lei nº 12.529/2011) (COELHO, 2021, p. 70-71).

Destarte, o presente princípio fundamenta as normas voltadas à regulação da atividade concorrencial, normas que coíbem práticas empresariais ilícitas, incompatíveis com a livre concorrência, que põem em risco o funcionamento do livre mercado e representam infração à ordem econômica. Eros Grau se apropria da explicação de Tércio Ferraz Júnior para explicar as características essenciais da livre concorrência:

Mais uma vez recorro à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (“A economia e o controle de Estado”, cit.): “A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominante de uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada” (GRAU, 2012, p. 207-208).

A garantia da ampla concorrência entre produtores de bens e/ou serviços visa a proporcionar melhores qualidades e preços aos consumidores e a simbiose entre agentes econômicos de níveis diferentes. Por certo, o mesmo empresário não será vencedor sempre, pois a concorrência é recheada de variáveis que impactam a produção. Tal fato chama a atenção para dois aspectos próprios do mercado, qual seja, a volatilidade e as consequências do risco do negócio. Portanto, o

empresário é livre para empreender e concorrer no mercado regulado e tutelado pelo Estado que se volta para garantir o equilíbrio concorrencial, mas deve assumir os ônus de sua atividade, caso não seja exitoso, ou poderá colher os louros do sucesso do seu empreendimento.

1.5.2.1. Proteção da concorrência

Uma leitura inicial do art. 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 pode sugerir que os agentes econômicos têm ampla e irrestrita liberdade para atuarem no mercado num sistema de ampla concorrência. Contudo, sabe-se que a concorrência perfeita representa uma quimera utópica e que a ausência de intervenção do Estado nas relações econômicas proporciona caminho propício para se chegar rapidamente a locais indesejáveis, onde a concentração econômica sufoca agentes econômicos e ignora consumidores, além de promover escassez de postos de trabalho e emprego, e redução drástica do recolhimento tributário.

É a necessidade de regular e fiscalizar o mercado concorrencial que justifica a existência da Lei nº 12.529/2011, que disciplina o direito concorrencial ou direito antitruste. A referida legislação é responsável pela estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), cujos órgãos têm legitimidade para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica do Estado, nos moldes constitucionais decorrentes da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade (da qual decorre a função social da empresa), defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A Lei em tela não tem por escopo proteger um agente econômico das ações do outro, mas sim tutelar a coletividade, reconhecida como bem jurídico, o que enaltece o caráter social do Princípio da Livre Concorrência.

O SBDC é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), sendo o primeiro, uma agência reguladora subdividida em Tribunal Administrativo, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos e, o segundo, um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, tendo com escopo a defesa da concorrência. O trabalho do SBDC se constitui basicamente na prevenção e repressão dos atos de concentração econômica, sendo as possíveis punições caracterizadas por seu viés administrativo e pecuniários. André Santa Cruz aduz o seguinte:

É assim, pois, por meio do controle prévio de atos de concentração empresarial, da investigação e punição das infrações contra a ordem econômica e da

promoção de uma cultura da concorrência na sociedade que a SBDC se propõe a concretizar a princípio da livre concorrência em nosso ordenamento jurídico (CRUZ, 2022, p. 84).

Quando se fala em coibir práticas anticoncorrenciais, uma das primeiras nas quais se pensa é o cartel, representando a união secreta de empresas atuantes no mesmo segmento de negócios, que estabelecem entre si acordos a fim de fixar preços para seus produtos e/ou serviços. Assim, eliminam a concorrência entre si, em detrimento do direito do consumidor. A prática é reconhecida como crime contra a ordem econômica, nos termos do art. 87 da Lei nº 12.529/2011.

O *trust* é uma prática polêmica caracterizada pela falta de tipicidade e representada por um contrato cujo objetivo é transferir direitos e deveres para que alguém realize a administração em benefício de outrem. Na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.758/2020 consta a seguinte argumentação:

No direito brasileiro há precedentes legislativos que regulamentam a afetação e a propriedade fiduciária, mas restringem-se a situações específicas, como são os casos da incorporação imobiliária, da parceria público-privada, da garantia fiduciária na comercialização de bens, da securitização de créditos, das operações de crédito do agronegócio, além de outras atividades.

Em todas essas operações estão envolvidos interesses de investidores e consumidores, nas quais são exigíveis do administrador deveres fiduciários na gestão dos recursos captados. Seus efeitos práticos têm sido demonstrados por decisões judiciais que excluem do plano de recuperação judicial de empresa incorporadora os bens integrantes de empreendimentos blindados em patrimônios de afetação, preservando, assim, os direitos dos adquirentes de imóveis em construção (PROJETO DE LEI Nº 4.758/2020).

Esse Projeto de Lei propõe estabelecer o regime geral da fidúcia, conhecida como *trust* à brasileira. Como o *trust*, a *holding* vem sendo reconhecida como instrumento contratual aplicado na redução da concorrência. Uma *holding* consiste na detenção por uma empresa da maioria das ações de outras empresas, sobre as quais a primeira mantém o controle de sua administração e das políticas empresariais. Dessa maneira, podem-se controlar as ações das empresas concorrentes.

Em ambas as situações, *trust* e *holding*, não se tem, a princípio, ilegalidade verificada na prática que se resume à relação contratual. Ou seja, apurar o uso dos instrumentos contratuais com o fim de mitigar a concorrência é tarefa bastante difícil, o qual torna árduo o trabalho do SBDC.

Por fim, pode-se falar na prática do *dumping*, que consiste na venda de produtos por empresas exportadoras por preços mais baixos do que os praticados em média no mercado interno onde a exportadora tem sede, podendo causar danos às empresas situadas no país importador e configurando concorrência desleal. A prática é coibida pela Lei nº 12.529/2011, com exceção ao disposto no seu art. 119.

1.5.3. Liberdade econômica

A Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica⁴, fixou alguns princípios específicos voltados a orientar a atividade empresarial, conforme estabelece o seguinte:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

A despeito da recente inserção dos princípios em tela no sistema jurídico, vê-se que o Princípio da Liberdade como garantia no exercício de Atividades Econômicas é uma releitura do Princípio da Livre Iniciativa, consagrado no texto constitucional, no *caput* do art. 170 e no inciso IV do art. 1º, de forma que não se verifica propriamente inovação legislativa.

O mesmo se diz sobre o Princípio da Boa-fé, amplamente consagrado no Código Civil, que permite destacar a profundidade do art. 113, ao designar a

4. Chama a atenção a criatividade para se atribuir nome às leis. Esse período legislativo permitiu verificar muito ânimo e otimismo com os produtos legislativos criados. Além da Lei de Liberdade Econômica outra Lei chamou a atenção pela pompa do nome que lhe foi atribuído, a Lei nº 14.195/2021, conhecida como Lei do Ambiente de Negócios. Ambas promoveram alterações consideráveis no sistema jurídico atinente à atividade empresarial, não apenas no que tange ao Direito de Empresa. O impacto foi mais amplo, atingindo o Direito do Trabalho, entre outros ramos do direito, provocando uma série de críticas aos instrumentos legais e podendo fazer com que muitos não compreendam a pompa a lhes ser atribuída com essa denominação.

boa-fé como instrumento de hermenêutica dos negócios jurídicos; o art. 164, que assegura a presunção da boa-fé para validar os negócios jurídicos necessários à manutenção de estabelecimento empresarial e de outras naturezas; o art. 422 que determina aos contratantes que guardem a boa-fé na celebração e execução dos contratos; e vários outros dispositivos onde o Princípio da Boa-fé foi eleito pelo legislador de 2002 como alicerce para a regulação da estrutura jurídica.

O Princípio da Subsidiariedade é igualmente tratado nos arts. 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, garantindo ao particular a preferência na exploração da atividade econômica, restando ao Estado legitimidade subsidiária, verificada as condições legais.

E, por fim, a Lei da Liberdade Econômica reconhece a condição de hipossuficiência como essencial para a intervenção estatal em prol daquele que se mostrar economicamente carente, invertendo o ônus da prova e garantindo acesso a documentos sem custos.

1.5.4. *Função Social da Empresa*

O Princípio da Função Social da Empresa traz à tona certa polêmica. Afinal, como poderia a atividade privada que visa ao lucro e se vale da força de trabalho de seus colaboradores (empregados e prestadores de serviços) possuir alguma função social? Fábio Konder Comparato questiona esse Princípio quando comenta o seguinte:

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar numa função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. [...]. A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce teórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas (COMPARATO, 1996, p. 45-46).

Ao enfrentar a questão, não se deve deixar de considerar que é justamente o foco do titular da empresa no lucro que o faz permanecer atento aos seus compromissos com os encargos trabalhistas e fiscais e às demandas do mercado concorrencial e consumerista. Não fosse a persecução do lucro a empresa por seu titular, não honraria com seus compromissos basilares e culminaria na falência,

haja vista que ao titular da empresa se impõe o risco do negócio, e sua falência acarreta efeitos em cascata por toda estrutura social e econômica. Saulo Bichara Mendonça entende que tanto o Estado como a empresa têm responsabilidade na efetivação da função social:

A comunidade social precisa do Estado e da empresa, mas esta precisa de contornos que a mantenham em desenvolvimento respeitando os interesses e anseios sociais, para tanto o Estado precisa ser competente, sólido ante ao mercado, pois este, nem sempre respeita limites, em especial os sociais, perdendo inclusive oportunidades eficientes de intervenção estatal (MENDONÇA, 2012, p. 69).

A função social da empresa demanda atenção do Estado na regulação e fiscalização do exercício da atividade empresária, buscando evitar que o ímpeto do empresário de perseguir o lucro imponha ônus excessivo à sociedade na qual atua e a qual explora economicamente. Luiz Fernando do Amaral explica como ocorre a função social da empresa:

A função social da empresa se vincula, pois, de sorte imediata, à atividade empresarial desenvolvida e pode ser dividida em duas espécies: endógena e exógena, de acordo com os fatores envolvidos.

A função social de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresarial no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da empresa não implícitos na relação administrador-sócio etc.

Já a função social da empresa em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela empresa. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da empresa: concorrentes; consumidores; e, o meio ambiente (AMARAL, 2008, p. 119).

A persecução do lucro pelo titular da empresa pode ser reconhecida como sua função social, haja vista ser esse recurso essencial para que os encargos e obrigações legais e contratuais da empresa sejam garantidos. Contudo, a persecução do lucro não deve se dar a todo custo, sendo imposto a quaisquer interesses ou direitos. Trata-se de direitos consolidados na Constituição Federal de 1988, mas anteriores a ela e ao Código Civil. Apesar da função social da empresa se

consolidar na busca pelo lucro, ela é mais ampla do que este escopo, conforme registra Luis Felipe Salomão:

É bem verdade que, antes mesmo da Constituição em vigor e do atual Código Civil, já se viam, mesmo que isoladamente e não como principiologia emanada das disposições constitucionais, previsões legislativas em torno de uma função social (SALOMÃO, 2016, p. 547).

A relevância da empresa não é maior do que o direito de terceiros, de forma que a autonomia da vontade encontra limites na vontade e, principalmente, no direito de terceiros. A partir do momento em que o exercício da empresa infringe direito de terceiros e o lesiona em sua esfera de direitos, sua função social deixou de ser exercida dentro dos contornos legais, devendo ser reconduzida à legalidade e imposta a respectiva sanção, quando necessária.

1.5.5. Preservação ou Continuidade da Empresa

O Princípio da Preservação ou Continuidade da Empresa guarda em si a expectativa de encontrar meios legais que justifiquem sua perpetuação ao longo do tempo, em razão dos resultados que proporciona.

Por certo, a atividade empresária, por sua relevância social, deve ser protegida e, na medida do possível, defendida contra atos de extinção, como a falência ou questões atinentes a dissolução societária. Tanto que a Lei nº 11.101/2005, que regula a falência e a recuperação de empresas, traz em seu art. 47 fundamentos que embasem o processo de recuperação empresarial, visando a manter a atividade empresarial por meio de processo de reestruturação que defenda a fonte geradora de empregos, postos de trabalho e tributos, no atendimento à demanda dos consumidores, desenvolvendo assim sua função social, conforme assevera Fábio Ulhoa Coelho:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita (COELHO, 2021, p. 73).

Contudo, é preciso considerar que a aplicação do princípio em tela não pode ser banalizada, mantendo no mercado agentes econômicos que não possuem capacidade de executar suas atividades sem apoio estatal e acabam por socializar prejuízos. André Santa Cruz chama a atenção para esse tipo de desvirtuamento de algumas empresas:

O capitalismo é um sistema no qual os empresários auferem lucros privados e sofrem prejuízos privados. Os “pacotes de socorro”, pois, desvirtuam a lógica natural do capitalismo, criando um sistema no qual os empresários bem relacionados auferem lucros privados, mas solidarizam suas perdas com a população. Em suma: o princípio da preservação da empresa não pode, jamais, conferir a certos empresários que se dizem “grandes demais para quebrar” (*too big too fail*). O princípio da preservação da empresa é uma construção importante, mas sua aplicação deve limitar-se às situações em que o próprio mercado, espontaneamente, encontra soluções para a crise de um agente econômico, em bases consensuais. Infelizmente não é o que temos visto ultimamente (CRUZ, 2022, p. 86).

A despeito de não se verificar eficiência prática na capacidade do mercado de autorregulação, concordamos que o princípio em tela deve ser aplicado com cautela, buscando evitar socialização de prejuízos irreversíveis e a preservação de empresas que efetivamente desempenhem sua função social.

1.5.6. Tutela da Pequena Empresa

O Princípio da Tutela da Pequena Empresa está consagrado nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal de 1988 como princípio constitucional impositivo que visa a fomentar a atividade econômica empresarial praticada por Pequenas Empresas. Eros Grau considera oportuno esclarecer o seguinte:

O princípio estabelece proteção em favor de empresas de pequeno porte, desde que tenham sido constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no País, constituindo, em termos relativos, porém, “cláusula transformadora” (GRAU, 2012, p. 254).

As Pequenas Empresas são reguladas pela Lei Complementar nº 123/2006, que reconhece a complexidade do gênero do qual são espécies a microempresa, o microempreendedor individual e a empresa de pequeno porte.

Ao contrário do que se possa imaginar num primeiro momento, o tratamento favorecido e diferenciado destinado às Pequenas Empresas pelos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não se limita ao aspecto fiscal, englobando apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, o SIMPLES. Também implica o cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, principais e acessórias; o acesso a crédito e ao mercado; a participação no cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, *in fine*, da Constituição Federal.

1.6. Objeto, fontes e autonomia do Direito Empresarial

A despeito de se reconhecer a atividade empresária como espécie do gênero atividade econômica, o que permite equiparar, em grau de relevância social, as atividades não empresárias como outra espécie do mesmo gênero, temos de respeitar os contornos da legislação vigente em tributo à relevância do positivismo jurídico.

Dessa forma, tendo por norte o Direito de Empresa contido no Código Civil, verifica-se como objeto deste a atividade empresária, que demanda a disciplina por busca de respostas aos conflitos de interesses envolvendo empresários de todos os tipos, individuais ou sociedades empresárias, conforme explica Wilges Bruscato:

É que, como mencionado, preferimos tomar a própria lei como norma qualificadora da fixação da natureza empresarial da atividade. Essa opção se faz em razão da segurança e simplicidade, já que não é necessário adicionar nenhuma complexidade a tal critério (BRUSCATO, 2011, p. 65).

Observa-se que toda atividade empresária é uma atividade econômica, mas nem toda atividade econômica será empresária. Esse aparente paradoxo contribui para delimitar o objeto do Direito de Empresa. Quando se verifica o *caput* do art. 966 do Código Civil se identifica a atividade empresária em sua essência. Porém, ao observar o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, verifica-se que o legislador optou por excluir uma série de atividades econômicas do rol tutelado pelo Direito de Empresa.

Assim, atividades intelectuais de natureza científica, artística ou literária, mesmo que desenvolvidas com apoio de auxiliares, não constituem atividade empresária, salvo se forem dotadas de elementos de empresa. Ou seja, a princípio,

não compõem objetivo do Direito de Empresa. O mesmo se diz da atividade rural, em virtude da exceção contida no art. 971 do Código Civil, que exclui a referida atividade da abrangência do Direito de Empresa, quando não possuir a competente inscrição no registro público de empresas mercantis.

Tendo por base os contornos que o positivismo jurídico impõe ao objeto do Direito de Empresa, é impossível deixar de pensar que poderia ser mais eficiente e inclusivo considerar a atividade econômica em sua amplitude, posto que a distinção entre atividades empresárias e não empresárias relega estas ao informalismo, quiçá até mesmo à marginalidade, enquanto atividades excluídas do conceito de empresário por mero preciosismo legislativo.

Seja empresária ou não, a atividade econômica pode ser desenvolvida de forma profissional e economicamente organizada e ter por propósito a produção e circulação de bens e/ou serviços. Portanto, o que distingue a atividade econômica empresária da não empresária é o escopo de lucro da primeira. Mas, a ausência desse objetivo por parte da segunda não mitiga a qualidade dos seus resultados alcançados.

Seja empresária ou não, a atividade econômica desenvolvida de forma profissionalmente organizada, que produza e faça circular bens e/ou serviços, tende a gerar postos de trabalho e emprego no processo de produção de bens e/ou serviços, voltados a saciar o mercado consumidor e, por sua vez, a contribuir para o equilíbrio concorrencial e fiscal.

Desta forma, apesar de o objeto do Direito de Empresa ser a atividade empresária, mais eficiente seria se a revisão normativa reconhecesse a relevância social das atividades econômicas não empresárias e promovesse sua equiparação. O presente raciocínio ganha força quando se analisam as fontes do Direito de Empresa. Fontes que se subdividem em fontes formais e materiais.

As fontes materiais do Direito de Empresa consolidam-se nos fatos econômicos, devendo o direito observar os fatos econômicos praticados no contexto social e empenhar-se em regulá-los de forma a evitar e dirimir conflitos entre os agentes econômicos envolvidos. Já as fontes formais são divididas em diretas e indiretas. As primeiras são as normas empresariais, a serem observadas de acordo com a hierarquia legal, ou seja, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, as leis ordinárias, leis complementares e atos normativos. No que tange às fontes indiretas, analogia, costumes e os princípios gerais do direito, sua aplicação se dá quando da ausência de normas reguladoras.

Considerando a especificidade das normas atinentes ao Direito de Empresa e das fontes indiretas, reconhece-se sua autonomia enquanto ramo do Direito.

Frisa-se, o Direito de Empresa tem como fonte inspiradora o *Codice Civile* Italiano, mas, apesar da influência da Teoria da Empresa, o legislador pátrio não promoveu a unificação dos ramos do direito privado, muito embora a expectativa fosse no sentido de que o direito civil viesse a se fundir com o então direito comercial, influenciando-o pelo interesse social que prima ao individual (SOUZA, 1935, s. p.).

Além disso, como se verá adiante, o Direito de Empresa possui princípios próprios, impactando na hermenêutica que se deve aplicar às suas normas e garantindo sua autonomia enquanto disciplina representativa de ramo específico do direito privado, considerado a partir da Constituição Federal de 1988.

1.7. Correlação do Direito Empresarial com outros ramos do Direito

Desde a Constituição Federal de 1988, a dicotomia entre os ramos do direito público e do direito privado foi superada, resultado da força da Carta Constitucional que conduz à interpretação dos direitos a partir dela. Destarte, em prol da constitucionalização dos direitos privados, a correção do Direito Empresarial com o Direito Constitucional é estrutural, tendo o primeiro seus princípios de sustentação enraizados na Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios da ordem econômica do Estado.

Tal fato conduz à leitura da atividade empresária enquanto atrelada ao segmento público pelo mesmo viés, de forma que o Direito Empresarial esteja atrelado ao Direito Administrativo também pela Constituição Federal de 1988, ao nortear os atos administrativos e, em função da sua característica vinculativa, ao orientar a atividade da empresa quando atuante junto à Administração Pública, em qualquer de suas esferas.

A atividade empresária, enquanto atividade econômica de produção e circulação de bens e/ou serviços, representa fato gerador de tributos, o que ressalta a correlação do Direito Empresarial com o Direito Tributário e, consequentemente, com o Direito Financeiro, ramos do direito que estudam as formas de arrecadação e investimento estatal.

Como a atividade empresária não se desenvolve, via de regra, sem o apoio de colaboradores, sejam diretos ou indiretos, muitas das relações jurídicas da empresa têm relação com o Direito Previdenciário, já que cabe a empresa, enquanto empregadora, promover o recolhimento previdenciário dos seus colaboradores. De igual forma, vê-se a correlação do Direito Empresarial com o Direito do Trabalho, haja vista que, como empregadora, a empresa deve atentar às regras trabalhistas vigentes.

Dentre as regras às quais a empresa deve atentar, estão aquelas correlatas ao meio ambiente no qual atua, seja o meio ambiente do trabalho, o social ou o natural, fato que denota a correlação do Direito Empresarial com o Direito Ambiental.

A depender do tamanho da estrutura da empresa, ela deverá atentar para regras internas e externas do país, sinalizando a correlação do Direito Empresarial com o Direito Internacional, público e privado, de acordo com as espécies de relações jurídicas.

Como tudo o que a empresa produz tem por alvo o mercado consumidor, naturalmente há correlação íntima do Direito Empresarial com o Direito do Consumidor, seu público-alvo.

E, como para alcançar o seu público-alvo a empresa deve atentar para as regras básicas de concorrência em respeito a outros empresários em atuação no mercado, o Direito Empresarial tem correlação direta com o Direito Concorrencial.

Todas essas relações jurídicas se consolidam em observância aos preceitos contratuais e obrigacionais e a suas mais variadas derivações, justificando a correlação do Direito Empresarial com o Direito Civil.

Eventualmente, a empresa pode cometer seus erros e até mesmo praticar atos ilícitos passíveis de sanção, indicando a correlação do Direito Empresarial com o Direito Penal, que regula regras de responsabilidade penal aplicáveis aos titulares da empresa.

Todos esses segmentos se reúnem, em caso de litígio, na correlação do Direito Empresarial com o Direito Processual, sejam processos administrativos, civis, criminais ou trabalhistas, a depender da esfera do direito envolvida.

Todas essas relações se estabelecem de acordo com os preceitos e objetivos do Estado em relação à atividade empresária, demonstrando a correlação do Direito Empresarial com o Direito Econômico, segmento do direito que considera a política de Estado em desenvolvimento para orientar a hermenêutica aplicada às normas vigentes, fato que serve de motivação para as decisões judiciais e administrativas que envolvam empresas.

Como se verifica, apesar de autônomo, o Direito Empresarial tem correlação direta com todos os demais ramos do Direito, devendo ser interpretado a partir da Constituição Federal de 1988.