

Atualidades

OS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL E O DIREITO DE EMPRESA

WILGES BRUSCATO

1. Introdução. 2. Princípios norteadores do Código Civil: 2.1 Princípio da socialidade – 2.2 Princípio da eticidade – 2.3 Princípio da operabilidade. 3. O novo direito de empresa: 3.1 Um pouco de história – 3.2 Características do direito empresarial – 3.3 Considerações necessárias sobre a atividade econômica e sua disciplina jurídica – 3.4 A empresa e sua função social. 4. Aplicação dos princípios do Código Civil de 2002 no direito de empresa. 5. Conclusão.

“Não é, em verdade, a rigidez ou a suposta invulnerabilidade dos princípios que devem sufocar os fatos da vida social, porque, ao invés, são estes que fundamentam aqueles.” (Antônio Martins Filho)

1. Introdução

Com a nova ordem instalada a partir da vigência do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), algumas mudanças foram introduzidas no cenário jurídico nacional.

Interessam-nos, neste breve estudo, o suporte valorativo orientador do novo diploma e as alterações no direito comercial – ambos atrelados entre si, desde então.

A justificativa para a elaboração de um Código novo, ao invés da modificação do Código de 1916, está – segundo o Coordenador da sua Comissão Organizadora – justamente na orientação filosófica e ideológica que se quis dar à nova lei. A reforma do Código antigo não acomodaria, a contento, a nova *principiologia* concebida pela Comissão Organizadora,¹ “à luz de outros paradigmas de ordem ética e política”.²

Assim, os princípios norteadores do Código Civil de 2002 são a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*.

A par disto, uma porção significativa da legislação comercial foi levada para o bojo do Código Civil, sob o título “Direito de Empresa”, revogando-se a Parte I do Código Comercial.

Tal inovação desdobra-se em várias outras, subseqüentes: a limitação parcial da autonomia legislativa do direito comercial, a unificação de obrigações civis e empresariais, a adoção da teoria da empresa, a aplicação da diretriz filosófica do novo Cód-

tido individualista que condiciona o Código Civil de 1916” (Miguel Reale, “Visão geral do Projeto do Código Civil”, *Revista Literária de Direito*, 23.5.1998, *apud* Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, *Inovações do Novo Código Civil*, p. 26.

2. Miguel Reale, “O novo Código Civil e seus críticos”, <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm> (10.10.2004, p. 3).

1. “O sentido social é uma das características mais marcantes do Projeto, em contraste com o sen-

go a questões de direito comercial – entre outras.

A preocupação central desta reflexão refere-se, de modo exato, ao tratamento jurídico-judicial que se dará às obrigações tipicamente comerciais a partir de agora.

Sem qualquer ponderação, poderia parecer que as obrigações assumidas pelos empresários devem, pelo comando axiológico do Código de 2002, ser tratadas da mesma forma que as obrigações civis. Esta é a conclusão a que se chega, sem o amadurecimento necessário, pela simples interpretação jurídica, que é o supedâneo para se chegar à *norma de decisão*³ no caso concreto.

Porém, na aplicação da norma há que se levar em consideração, obviamente, como premissa menor, o fato e sua consequência jurídica.⁴

O que se mostra alarmante, então, é tratar igualmente fatos de natureza civil e fatos de natureza empresarial.

Há peculiaridades nos fatos empresariais que determinam um tratamento diferenciado. Frise-se: “diferenciado”, não “licencioso”.

Esta afirmação, à primeira vista, pode parecer sectária e prepotente, em favor da classe empresária do país. Ainda mais se nos lembrarmos do posicionamento ideológico que se procurou imprimir ao Código Civil.⁵

Todavia, nossa inquietação não se origina no desejo de criar privilégios descabidos a indivíduos determinados, para desi-

gualá-los dos demais naquilo em que sejam iguais.

É exatamente por reconhecer a imperatividade da diretiva da *socialidade* – princípio que justifica a adoção dos outros dois, *eticidade* e *operabilidade* – que se entende necessário delinear como, em matéria de obrigações empresariais, se dará atendimento a tal comando, para que a lei cumpra sua função de harmonizadora das relações sociais e não se causem prejuízos indelévels à economia; ou seja, que a aplicação se faça de modo a atender, realmente, aos interesses da sociedade, e não em detrimento do desenvolvimento nacional, anseio de todos, inserido na Constituição Federal como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3^o, II).

As relações econômicas são muito suscetíveis à falta de segurança e certeza jurídica. Daí, num país que vem lutando arduamente para vencer os desafios da pobreza, nossa preocupação.

Para a análise a que se propõe este breve estudo, será importante conhecer o tripé axiológico do Código de 2002 e discorrer sobre a natureza do direito de empresa, antes de se passar à apreciação do tema, propriamente dito.

2. Princípios norteadores do Código Civil

Conforme se disse, a justificativa para a elaboração de um Código completamente novo centrou-se na necessidade de se atualizar a orientação filosófica e ideológica da lei civil, já que a simples reforma do Código antigo não atenderia a esse desiderato – ou seja, foi necessária a “alteração geral do Código atual [*de 1916*] no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade”.⁶

6. Miguel Reale, “Visão geral do Projeto do Código Civil”, cit., *Revista Literária de Direito*, 23.5.1998, apud Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, *Inovações do Novo Código Civil*, p. 17.

3. Eros Roberto Grau, “Equidade, razoabilidade e proporcionalidade”, *Revista do Advogado* 78/29.

4. Idem, *ibidem*.

5. “Se não houve a vitória do Socialismo, houve o triunfo da socialidade, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais” (sem grifos no original – Miguel Reale, “Visão geral do Projeto do Código Civil”, cit., *Revista Literária de Direito*, 23.5.1998, apud Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, *Inovações do Novo Código Civil*, p. 26).

Ora, num certo sentido, o impacto psicológico da existência de um novo Código Civil legitima tal iniciativa legislativa, vez que há uma distância enorme entre aprovar leis que *modificam o Código* e aprovar um novo Código. Basta constatar quanto se tem escrito e discutido a respeito da nova codificação, o que não se daria com a mesma intensidade e relevância se se tratasse apenas de sua alteração. Não só a comunidade jurídica se volta a apreciar e comentar o Código novo, mas toda a população se movimenta, cada qual dentro de suas possibilidades e limitações, no sentido de se inteirar da ocorrência.

Então, se se pretende introduzir uma nova ordem valorativa, é preciso que todos atentem para isso; e a melhor estratégia é o anúncio da inovação completa.

No entanto, ao que se pode constatar, a novidade foi relativa, e não total. Jacy de Souza Mendonça chama a atenção para o fato de que “magníficos trabalhos [foram] publicados, comparando o Código novo com o anterior, [e] mostram que não houve alteração geral. Talvez uma grande quantidade de alterações, mas não uma alteração geral. Nem se substituiu um Código pelo outro, nem 90% do Código anterior pelo novo”.⁷

Assim, o que se tem, de concreto, é a alteração do Código anterior, agora em roupagem mais glamourosa, tingida pelos novos princípios.

2.1 Princípio da socialidade

A nosso ver, a *socialidade* é o carro-chefe axiológico do Código de 2002, trazendo a reboque os outros dois princípios.

A *socialidade* revela-se como a *prevalência dos valores coletivos sobre o individual*.

Não é nossa intenção, aqui, aprofundar a discussão a respeito da sobreposição dos

valores coletivos – geralmente indicados por expressões como “bem comum”, “interesse coletivo”, “justiça social”, “interesse público” e outras correlatas, e perigosamente amplas –, centralizados na figura do Estado, sobre o valor do cidadão. É útil lembrar, todavia, que a opressão da coletividade sobre o indivíduo não deixa de ser opressão...

“Nossa época se preocupa especialmente com o cidadão e a cidadania, e, quando nos preocupamos com a cidadania, estamos nos preocupando em conscientizar o cidadão de que ele tem deveres, mas tem também direitos intocáveis pelo Estado. Vivemos uma época que fez uma Declaração Universal dos Direitos do Cidadão, em sentido diametralmente oposto à idéia de dar ao social a prevalência sobre o individual. Não se está (...) pretendendo ignorar sua dimensão social [do indivíduo]. Todo direito, ao traçar o caminho da realização da pessoa, não a vê como isolada. Não existe problema de direito para um indivíduo isolado; só existe problema jurídico no relacionamento (...), dentro de uma comunidade, de uma sociedade. *O social está sempre presente no Direito*, é o parâmetro que indica o rumo do procedimento justo. (...). O ilícito, que queremos reprimir no Direito, corresponde à perturbação da dimensão social da pessoa humana. Não somos pessoas senão num contexto, num todo, dentro de uma comunidade. Mas isso não significa predomínio do social; o predomínio é sempre da realização do cidadão; o Direito existe para possibilitar ao cidadão a realização de sua plenitude como pessoa. Embora o homem só possa se realizar dentro de uma comunidade, em harmonia com a sociedade em que vive, não há predomínio da sociedade, o predomínio é sempre da pessoa.”⁸

Ademais, a própria Lei de Introdução ao Código Civil, datada de 1942, é clara em determinar que, na aplicação da lei, o

7. Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 17.

8. Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, cit., *Inovações do Novo Código Civil*, pp. 28-29 (sem grifos no original).

juiz atenderá aos *fins sociais* a que ela se dirige e às exigências do *bem comum*. Desse modo, a orientação para a *socialidade* já estava presente entre nós. Tanto que, em linhas toscas, é aí que se baseia o movimento conhecido como “Direito alternativo”, no Brasil.

A Constituição Federal conduz também a uma conclusão semelhante: todos os atores sociais devem dar sua contribuição para o atingimento dos objetivos da República. Mas não há que se confundir a busca da construção de uma sociedade mais justa com os superados valores do Socialismo ortodoxo, alimentando ódios entre classes. “Socialidade” não significa “igualdade”.

A igualdade está além da utopia. A igualdade é impossível, a não ser de modo transitório, pela simples razão de que as pessoas não são iguais. Então, se se concebe o atendimento ao *social* como um ideal de *igualdade*, a história recente demonstra a impossibilidade de sua manutenção perene.

A *socialidade*, então, é a atenção que todos os membros de uma determinada sociedade devem dar às exigências de sua existência como coletiva, por ser esta – a convivência – uma necessidade humana. Porém, isso não pode pressupor a desconsideração aos direitos e interesses individuais.⁹

Para reforçar a introdução da *socialidade*, aponta-se o caráter individualista do Código de 1916.¹⁰ O reconhecimento e o respeito aos valores individualistas são tidos como um dos fundamentos do Capitalismo

e, por isto, reprovados por orientações socialistas.

Ambas as ideologias têm seus males e suas perversidades.

Tudo parece indicar que a sociedade atual optou pelo modelo capitalista, talvez por oferecer maior liberdade ao cidadão, ainda que isso implique desfavor de parte dos membros da sociedade, excluídos da grande maioria de suas ações.

Não vai aqui qualquer juízo a favor do Capitalismo ou do Socialismo. O presente estudo apenas parte do fato de que a realidade social brasileira contemporânea é capitalista.

Em nossa opinião, no entanto, o Capitalismo atual já não pode ser visto e praticado do mesmo modo que foi originalmente concebido, posto que o Socialismo foi evento de grande relevância no século XX e, de um modo ou de outro, suas idéias acabam por permear o posicionamento ideológico dominante, tanto que se fala em “Neoliberalismo” – sistema que merece, ainda, muito aperfeiçoamento.

2.2 Princípio da *eticidade*

A *eticidade* traduz-se na preocupação com a boa-fé, a equidade e outros critérios éticos.¹¹

Não é propósito deste texto discutir o que seja a *Ética*, o que a diferencia da *Moral*, o que a aproxima do *justo* e do *direito* – mesmo porque esta questão está longe de ser vista de modo unânime.¹² “Quando os autores do Projeto se referem à *eticidade*, à boa-fé, aos bons costumes, não estão falando, pois, em *Ética* ou *Moral*, mas empregando uma qualificação do elemento sub-

11. Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 18.

12. Para alguns, ou em determinados contextos, a *Ética* é tida como sinônimo de *Moral*. Em outros casos pode ter significado mais restrito que a *Moral*: seria a ciência dos juízos de valor que permitem diferenciar os atos bons de atos maus.

9. “Toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público; hoje até se entende que se protege aquele por amor a este” (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 269).

10. Lembre-se que o Código Civil de 1916 influenciou a elaboração de legislações estrangeiras, como a portuguesa e a chinesa (Ecio Perin Jr., “A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil face ao projeto do novo Código Civil”, *Jus Navigandi*, <http://www1.jus.com.br/doutrinal/texto.asp?id=518>, 21.10.2004, p. 7).

jetivo, variável, mutável, que deve presidir a conduta humana. Esta parece ser a melhor forma de recortar a idéia que está por baixo do termo 'eticidade', por eles utilizado."¹³

Os valores éticos, por se prestarem à apreciação da conduta humana estabelecendo o que é bom, reforçam-se na *boa-fé*.¹⁴ Este o veio da *eticidade* no Código de 2002: "(...) o negócio jurídico só se aperfeiçoa e só é legalmente protegido se resultar não apenas de uma vontade isenta dos vícios do consentimento, que já conhecíamos do Código anterior, mas se, além disso, estiver motivada, movida, impulsionada, pela boa-fé. Caso contrário haverá sempre uma sanção, uma punição para quem procedeu de má-fé".¹⁵

Assim, o que se faz, agora, é reforçar, realçar, uma orientação já existente na lei anterior.

2.3 Princípio da operabilidade

A operabilidade é o princípio que tem por missão possibilitar o largo exercício de ambos os outros princípios, porque, para atingir o comando da *socialidade* e da *eticidade*, o juiz poderá lançar mão de maior discricionariedade, na intenção de conferir efetividade ou concretude à decisão.

13. Jacy de Souza Mendonça, "Princípios e diretrizes do novo Código Civil", cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 19.

14. Esta ilação é comprovada pelo texto da maioria dos artigos em que se aponta a aplicação da *eticidade*, posto que a expressão "boa-fé" é insistentemente repetida ao longo de todo o Código (cf. arts. 113, 167, § 2º, 422, 891, 896, 1.222, 1.243, 1.255, 1.258, 1.259, 1.260, 1.268, 1.561, § 2º, 1.817, 1.827, parágrafo único, 1.828).

15. Jacy de Souza Mendonça, "Princípios e diretrizes do novo Código Civil", cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 23. "A conclusão a que se chega, com relação ao princípio da *eticidade*, em primeiro lugar, é que não se trata, como foi dito de início, de alteração relativa a valores *moraís*, porque não se mexeu no bem e no mal; as alterações foram relativas apenas à qualificação das manifestações de vontade dos agentes, dos sujeitos dos negócios jurídicos, como comportamento ético e antiético" (grifos no original – idem, p. 25).

Há, reconhecidamente, dois sistemas utilizados para decidir um conflito de interesse. Num, a decisão judicial condiciona-se à prévia dicção do dispositivo legal – ou seja, o texto legal condiciona a resolução judicial. No outro permite-se a livre edição do direito pelo juiz – ou seja, o juiz pode livremente declarar qual é o direito.

Ambos os sistemas apresentam pontos positivos e negativos.

O risco que existe nesse posicionamento do Código Civil é o fato de se importar para um sistema – o da *civil law* – tradicional, usual, aceito e dominado por nós, técnica utilizada no outro sistema – o da *common law*, estranho ao cotidiano de nossos operadores do Direito. "Não temos a cultura da *common law*. Os magistrados ingleses e americanos foram treinados para esse processo decisório, trazem isso em sua cultura (...) é preparado [o juiz norte-americano ou inglês] para dizer o direito livremente e assume essa responsabilidade."¹⁶

3. O novo direito de empresa

Para abordar *direito de empresa* é preciso, antes de tudo, definir o que seja "empresa".

A definição de "empresa" tem sido tarefa tormentosa para a doutrina,¹⁷ já que se busca um conceito unitário, que alie os aspectos econômico e jurídico. A maioria dos conceitos jurídicos, aliás, parte do conceito econômico de "empresa".¹⁸

16. Jacy de Souza Mendonça, "Princípios e diretrizes do novo Código Civil", cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 37.

17. Evaristo de Moraes Filho dá notícia de vários estudos que se debateram na busca de superar a questão, cada um considerando as dificuldades enfrentadas: "Para L. Barassi, o conceito jurídico de empresa é um 'tormento da doutrina'; para Carnelutti, 'escabrosíssimo problema'; para Rocco, 'serve mais para confundir do que para esclarecer as idéias'; para Rotondi, enseja 'tantas definições quantos são os pontos de vista diferentes nos quais podemos nos colocar a estudá-lo'" (*Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, pp. 327-328).

18. Lorenzo Mossa, *Derecho Mercantil*, vol. 1, p. 20. Contra esse critério: Waldemar Arecha, *La Empresa Comercial*, p. 369.

Ocorre que o próprio uso – cotidiano, legislativo, jurisprudencial e doutrinário – acaba por utilizar o mesmo termo, ainda que de modo impreciso, algumas vezes, para designar coisas diferentes, o que consagra a utilização do vocábulo “empresa” com sentidos variados. “A idéia-mater de empresa não é nova; há muito o vocábulo foi tomando acepção vária, basicamente com substrato econômico, transplantado para o Direito.”¹⁹

Como bem registra Jorge Lobo, “por isso, qualquer estudo, por mais despretenso 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; pouco acrescentam, ao final”.²⁰

Sob o ponto de vista econômico, a empresa é considerada como uma combinação de fatores produtivos, elementos pessoais e reais, voltados para um resultado econômico, encadeada por uma ação organizadora – ou seja, toda organização econômica destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo como objetivo o lucro.

Entre nós, apenas uma única manifestação legal enfrentou a questão.

A Lei 4.137/1962 – que tratava do abuso do poder econômico, hoje substituída na íntegra pela Lei 8.884/1994 – ocupou-se de definir “empresa”, para que se caracterizassem as ações abusivas que deveriam ser coibidas. Assim, o texto de seu art. 6º trazia que *empresa* era “toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

Como visto, com o advento do novo Código Civil, cuja intenção foi unificar o direito das obrigações, muitas das questões

relativas ao direito comercial foram reguladas neste novo diploma legal, revogando-se a Parte I do Código Comercial Brasileiro, para abranger todo tipo de atividade negocial, e não apenas a mercantil. Tanto que o Livro II, originalmente intitulado “Da Atividade Negocial” no Projeto do Código, trata do “Direito de Empresa”.

O Código Civil regula, agora, parte das matérias abrangidas pelo direito empresarial, mas não inseriu um conceito de “empresa”. Baseia-se na definição do “empresário”²¹ para a aplicação da tutela jurídica apropriada. Adotando o Código, formalmente, a teoria da empresa, pelo conceito de “empresário”, chega-se ao que a lei considera “empresa”: a atividade²² econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A lei, considerando a empresa como atividade, harmoniza-se com a visão do atual estágio da doutrina em relação ao assunto.²³

21. CC, art. 966:

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

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

22. “Atividade” no sentido de sucessão de atos *organizados, dirigidos, ordenados*, para uma finalidade específica.

23. “Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (...); “Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade (...)” (Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, 7ª ed., vol. 1, pp. 18 e 63). Antônio Martins Filho, apontado como o primeiro estudioso brasileiro a se confessar adepto da teoria da empresa, já a entendia, em 1950, como “atividade plurilateral organizada e dirigida a um determinado fim (...) uma organização de caráter autônomo”, que nos conduz à idéia de “complexo de bens e pluralidade de pessoas, sistematicamente dispostos e proporcionalmente coordenados, para obtenção de um fim preestabelecido” (Antônio Martins Filho, “Limitação da responsabilidade do comerciante individual”, *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre* 1/298).

19. Joaquim Antônio Penalva Santos, *Direito Comercial: Estudos*, p. 109.

20. Jorge Lobo, “A empresa: novo instituto jurídico”, <http://www.femperj.org.br/artigos/comerc/com05.htm> (31.10.2003, p. 1).

Em consequência dessa alteração legislativa – causa deste estudo –, todos aqueles que se proponham a escrever sobre qualquer assunto do direito de empresa *nesse momento* não devem se furtar ao enfrentamento da polêmica que se instaura – ou reinstaura – sobre a existência autônoma do direito empresarial, como um ramo do Direito. Desse modo, ainda que brevemente, é importante pontuar a maneira como enxergamos a questão.

É que com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 cresce o debate acerca da autonomia do direito comercial em relação ao direito civil, que encampou muito da matéria mercantil, quase extinguido o Código Comercial. A autonomia do direito de empresa, no presente estudo, tem ainda implicações no enfrentamento da questão central aqui tratada.

O fato é que muitos institutos originários do direito comercial se disseminaram entre os não-comerciantes,²⁴ o que pode levar a crer que este fosse, paradoxalmente, apenas um apêndice do direito civil.

Embora muito do direito empresarial esteja regulado pelo Código Civil, ele não esgota a matéria. Ficam de fora, por exemplo, falências e recuperação de empresas, sociedades anônimas, marcas e patentes, concorrência, títulos de crédito, comércio marítimo, entre outros assuntos – o que dá espaço a uma autonomia legislativa, ainda que não-absoluta.

Se se elabora um Código inteiramente novo e nele não se esgotam os assuntos relativos a uma disciplina, percebe-se, logo, que não é a intenção do legislador retirar sua autonomia. No nosso sistema atual, veja-se, ainda, a situação dos títulos de crédito: o Código de 2002 ocupou-se do assunto, sem esgotá-lo e, mais, *ressalvando a aplicação da legislação especial* quando em conflito com o Código (art. 903).

24. Waldírio Bulgarelli nos dá notícia da perda de vários institutos do direito comercial “para o uso comum – no processo conhecido como *generalização* do direito comercial (...)” (*Tratado de Direito Empresarial*, 3ª ed., p. 13).

Além disso, a legislação independente é somente um dos critérios para se avaliar a autonomia de um ramo do Direito. Como bem lembra Fábio Ulhôa Coelho, “direito civil não é Código Civil – nem para o mais empedernido dos formalistas kelsenianos –, assim como direito comercial não é Código Comercial”.²⁵

Deve-se examinar, ainda, o critério didático, ou seja, se a disciplina é lecionada de maneira autônoma nas Faculdades de Direito. Nesse quesito, o direito comercial se vê plenamente emancipado.²⁶

Contudo, a nosso ver, o critério determinante da autonomia de uma especialidade do saber, que enseja a autonomia didática, conforme exposta acima, é o fato de se poder delimitar campo próprio, peculiar daquela área, isolando seu conteúdo de maneira singular, mesmo que não possua uma legislação independente, uma sistematização legal exclusiva.

É de se indagar qual é a extensão da matéria examinada pelo direito empresarial, e se essa matéria possui institutos, características, método, princípios e fontes próprias. Tal critério obedece ao rigor científico da fixação de sua autonomia. A resposta é positiva: o direito empresarial possui campo próprio e vasto de estudo, havendo *princípios* e *institutos* que lhe são característicos. Assim, sua autonomia científica, jurídica ou substancial, é o que de mais importante há em relação ao assunto. *Daí as peculiaridades que devem envolver a apreciação judicial de suas questões.*

25. Fábio Ulhôa Coelho, “A lei e o ensino do Direito: há futuro para o direito comercial?”, *Contribuições*, <http://www.wilges.com.br> (30.6.2002, p. 3).

26. Fábio Ulhôa Coelho ressalta, ainda, que, “desde que a lei de 11.8.1827 instituiu os cursos jurídicos no Brasil e até que se altere a portaria ministerial que define as disciplinas obrigatórias do curso de graduação em Direito, *direito comercial* gozará de autonomia didática. Nenhuma Faculdade poderá outorgar aos seus alunos o grau de bacharel em Direito sem lhes ter oferecido a disciplina com esta denominação em unidades curriculares autônomas” (“A lei e o ensino do Direito: há futuro para o direito comercial? Contribuições”, cit., <http://www.wilges.com.br>, 30.6.2002, p. 3).

Indo além, é facilmente verificável o grande número de renomados estudiosos e juriscônultos que dedicam toda sua obra, especificamente, aos temas de direito comercial ou empresarial, caracterizando sua autonomia doutrinária.

Chega-se, então, à conclusão de que o que ocorreu entre o direito civil e o empresarial foi a união do direito das obrigações num mesmo diploma legal. Formalmente, esta justaposição está sacramentada.²⁷ Fato que nos leva a questionar sobre sua conveniência, do ponto de vista prático, e nos obriga a meditar a respeito, como nos propomos agora.

Há características bem marcantes do direito empresarial que o diferenciam do civil – o que se comentará mais adiante –, pois aquele é mais dinâmico, tem cunho instrumental e menos formal e, como persegue lucro, tem feição onerosa, regulando atos que atingem toda a coletividade.

Tais características têm por desiderato atender às necessidades de sua *matéria-prima*, ou seja, a prestação da atividade econômica pela iniciativa privada.

O direito empresarial pode ser definido como o ramo do direito privado que regula as relações provenientes da atividade de produção e circulação de bens e serviços, exercida com habitualidade e com intuito de lucro, bem como as relações que lhes sejam conexas e derivadas.

Este campo do Direito, como não pode deixar de ser, relaciona-se com vários outros ramos.

Com o próprio direito civil mantém íntimas relações no campo obrigacional,

27. “Ratifica-se que se constitui em simples unificação formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e lógico” (Ecio Perin Jr., “A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil face ao projeto do novo Código Civil”, cit., *Jus Navigandi*, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=518>, 21.10.2004, p. 13). Rubens Requião também mencionava “o artificialismo do critério de unificação formal” (*Aspectos Modernos de Direito Comercial*, p. 207).

como as mantém, igualmente, com outras áreas do Direito. Mas tomar “obrigações empresariais” por “civis”, sem atentar para suas particularidades, determinará um retrocesso social.

Com a adoção da teoria da empresa, o direito comercial amplia-se para tratar de toda atividade empresarial, abrangendo também a indústria, os transportes, os seguros, os bancos, as bolsas de valores, os serviços.

A atividade empresarial caracteriza-se pela reunião de três fatores: a habitualidade no exercício de negócio dedicado à produção ou circulação de bens ou serviços, o objetivo do lucro e a organização ou estrutura organizacional da atividade.

Podem ficar de fora as atividades rurais, do setor extrativo (mineral, vegetal ou animal), a agricultura e a pecuária, desde que não exploradas na forma de empresas, o que é facultativo.

As atividades de natureza intelectual, sejam de cunho científico, literário ou artístico, não são abrangidas, porque, embora possam produzir bens ou serviços, faltam o elemento de organização dos fatores de produção, que, se existe, é circunstancial, pois a atividade criadora nasce das habilidades intelectuais pessoais daqueles que exercem tais atividades. Nada impede, no entanto, que tais ocupações sejam prestadas organizando-se em empresas, como seu elemento. Nesse caso, seus titulares tornam-se empresários.

Enfim, como bem coloca Waldírio Bulgarelli, “parece ter ficado claro e suficientemente demonstrado, durante todas as discussões que há tantos anos se travam, em relação à *autonomia* do direito comercial, que a unificação das obrigações não abalou (...)”²⁸ a existência independente deste ramo do Direito. De outro modo, com similar modificação legislativa ocorrida na Itália de 1942, já não mais subsistiria o

28. Waldírio Bulgarelli, *Tratado de Direito Empresarial*, cit., 3ª ed., p. 47.

diritto commerciale.²⁹ E isso não se deu em razão do respeito à *natureza* das obrigações comerciais.

3.1 Um pouco de história

Para falar de empresa, é necessário lançar um olhar, ainda que superficial, sobre a história do próprio direito comercial, para que se delinheie o contexto em que aquela passou a ter um sentido jurídico.

As primeiras manifestações de regras de cunho comercial datam de 1850 e 1750 a.C., com o Código de Manu, na Índia, e o Código de Hamurabi, na Babilônia. Nos séculos XVI e XV a.C., os fenícios eram os responsáveis pela intermediação de produtos entre a Ásia e o Mediterrâneo, onde estavam os gregos, denominados “empório do comércio europeu ocidental” por Waldemar Ferreira,³⁰ pela intensidade de sua atividade comercial. Em razão desse comércio, surgem as normas costumeiras marítimas de índole internacional.

Os romanos, embora não possuíssem uma legislação comercial específica, contribuíram com o direito comercial, através do costume da escrituração doméstica difundido em todas as casas, o que deu origem aos livros comerciais; as regras sobre

contratos e obrigações, que deram alicerce às transações mercantis; os institutos da falência e da ação pauliana; o comércio sendo realizado pelos escravos em nome de seus senhores, o que deu origem à representação comercial.

No século IX, já Idade Média, com o domínio muçulmano nos mares, a Europa se vê isolada e o comércio passa a ser feito internamente, em terra, para garantir sua segurança. Surgem as grandes feiras. Pode-se dizer que é a partir desse momento que o direito comercial *começa* a se formar. Na Idade Média surgem as corporações de ofício, entre elas as de mercadores. Esses profissionais criaram um Direito ágil, vivo e sagaz em suas corporações, que foi o contraponto do Direito Romano-Canônico, formal e solene, absoluto, até então.³¹

As pendências entre eles eram solucionadas internamente, por cônsules eleitos, que utilizavam nas suas decisões os usos e costumes, a equidade e o contido em seus estatutos, sem grandes formalidades. Foram os ancestrais dos Tribunais do Comércio.

Os cônsules acabavam por atuar, também, legislativamente, criando normas com seus julgados. Como estas normas eram mais favoráveis aos mercadores, por atentarem para a *natureza específica de sua profissão*, necessário foi estabelecer e determinar quem realmente seria profissional do comércio. O critério utilizado era a matrícula na corporação. Se o indivíduo estava nela matriculado, poderia ter suas questões apreciadas conforme as regras especiais. É o chamado período subjetivo do direito comercial (séculos XII a XVIII).

Com o enfraquecimento das corporações de ofício em França, no século XVI, que foram perdendo espaço de decisão para os tribunais do Estado, os usos e costumes ainda continuaram a ser aplicados na solução de conflitos atinentes aos comerciantes.

Quando as corporações se extinguíram, o direito comercial já estava, portan-

29. “A demonstração inequívoca de que não se confundem, senão por desinformação ou má-fé, as autonomias legislativa e didática do direito comercial encontra-se numa breve pesquisa à questão na Itália e Suíça. Como sabido, são estes os dois países de tradição jurídica romana cujo direito privado, antes do Brasil, foi legislativamente unificado. Em nenhum deles o direito comercial deixou de existir como disciplina universitária independente (...). Pois bem, transcorridos já cerca de 60 anos, o direito comercial continua a ser ministrado, nas Universidades da Itália, por docentes especializados e de forma autônoma. A ninguém ocorre a descabida idéia de que os civilistas poderiam ou deveriam ampliar seus estudos, tão-só em razão da alternativa adotada pela lei em 1942” (Fábio Ulhôa Coelho, “A lei e o ensino do Direito: há futuro para o direito comercial?”, cit., *Contribuições*, <http://www.wilges.com.br>, 30.6.2002, pp. 4-5).

30. Waldemar Martins Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, vol. 1, p. 33.

31. Waldírio Bulgarelli, *Direito Comercial*, 13ª ed., p. 29.

to, sedimentado. Sendo, contudo, um *direito especial*, deveria continuar a ter seu alcance limitado aos profissionais da área. Nesta fase era perceptível que nem toda a atividade comercial era praticada por profissionais do comércio, já que alguns institutos, originalmente comerciais, tiveram seu uso generalizado – como a letra de câmbio, por exemplo. Como o critério subjetivo já não mais poderia ser utilizado, surgiu a teoria dos atos de comércio, mais objetiva, atendendo ao princípio da igualdade, um dos característicos da Revolução Francesa, como critério de caracterização dos destinatários das normas reguladoras da atividade mercantil.

Pela teoria dos atos de comércio, surgida em 1807, com o Código Napoleônico, “o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão”.³²

É o período objetivo dos atos de comércio, no qual floresceram legislações importantes, como o já citado Código Comercial da França (1807) e suas derivações na Espanha (1829), Portugal (1833), Brasil (1850) e Itália (1865).³³ A Alemanha e os países da *common law* não se perfilharam a ela.

O Código Comercial Brasileiro, como derivação do Código Comercial Francês, centrou sua regulamentação nos atos de comércio – embora não mencionasse esta expressão – para delimitar a matéria de sua competência, a ser conhecida pelos Tribunais do Comércio.

Mesmo com a extinção da jurisdição especial no Brasil, em 1875, a caracterização do comerciante continuou sendo importante para a aplicação de *dispositivos espe-*

cíficos, em razão da especialidade da atividade, como as falências e concordatas, a locação comercial, a validade probatória da escrituração comercial regular.

Todavia, como evidente, a atividade econômica é dinâmica e inovadora. A classificação de um ato como de comércio decorre da lei, ou seja, tem um caráter positivista; e a lei, como visto, não conseguiu acompanhar as inovações surgidas ao longo do tempo.

Assim sendo, a teoria dos atos de comércio foi se tornando obsoleta para determinar a qualidade de comerciante, já que não houve uma conceituação genérica de *ato de comércio*.

O comércio tem sido uma das atividades humanas mais dinâmicas de que se tem notícia. Seus modos, costumes e legislação vão se modificando, para acompanhar as inovações tecnológicas e as *necessidades da sociedade*.

O comércio, no sentido jurídico, então, deixou de ser considerado de modo estrito, ou seja, apenas como o ato de intermediar a compra e venda, entre produtor e consumidor – atacado e varejo.

A teoria dos atos de comércio não se mostrando capaz de atender ao dinamismo social, outro critério de qualificação do comerciante teve que ser introduzido.

Este novo critério foi denominado “teoria da empresa” e surgiu na Itália, em 1942, com seu novo Código Civil, que unificou a regulamentação da atividade privada.

Modernamente, então, a tendência é que as regras do direito comercial tenham por base o exercício profissional e organizado de uma atividade econômica – exceto a intelectual e as rurais –, o que ocorre sempre através de uma empresa; por isso esse período se denomina “período subjetivo da empresa”.

“Subjetivo” porque é impossível separar a atividade de seu agente. Tanto assim que o Código Civil Italiano, como salientado, bem como o atual Código Civil pátrio

32. Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, cit., 7ª ed., vol. 1, p. 12.

33. Dylson Dória, *Curso de Direito Comercial*, 13ª ed., vol. 1, p. 21.

não conceituam a empresa, mas o empresário. As regras serão aplicadas ao *sujeito* de direito; esse sujeito é o empresário ou a sociedade empresária.

Mesmo antes da aprovação do Código Civil, o Direito Brasileiro, através da doutrina e da jurisprudência, vinha atualizando o direito comercial, para aproximá-lo da teoria da empresa.³⁴ Este pensamento chegou a influenciar, mais recentemente, também alguns diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor, art. 3º, que igualou, na figura de fornecedor, qualquer *empresa*, mesmo que a atividade fosse civil. Bem assim, a Lei de Locação (Lei 8.245/1992) estendeu às indústrias e às sociedades civis com fins lucrativos o benefício da renovação compulsória que era reconhecido aos comerciantes (art. 51, § 4º).

3.2 Características do direito empresarial

As particularidades que envolvem a atividade empresarial demonstram os inconvenientes da regulação do direito de empresa pelo Código Civil, ainda que seja uma técnica possível, devido à unificação do sistema das obrigações, já que muitas vezes não atenta para as características que revestem as obrigações mercantis³⁵ e pode, com isso, trazer desvantagens econômicas que terão reflexos negativos para a sociedade.

O direito empresarial vem sendo construído ao longo do tempo de acordo com os ditames *dos fatos* que se propõe a regular,³⁶ como qualquer outro ramo do Direi-

to. Embora o Direito seja uno, acaba se subdividindo em vários ramos autônomos, como ressaltado, em especial, *pelos especificidades de cada campo da vida humana e social*. Daí a importância do critério científico de autonomia de uma área do Direito.

Regular fatos sociais sem tal discernimento gera normas legais incompatíveis com a necessidade humana. O resultado é sempre deletério, porque, ou ocorre o conhecido fenômeno da lei que “não pega”, ou a prática de atos se torna proibitiva, em razão das dificuldades e distorções que traz, significando desestímulo à ação. Como bem lembra José Ignácio Botelho de Mesquita: “Quando se expulsa pela porta a natureza das coisas, ela retorna pela janela. É uma advertência que merece não ser descuidada”.³⁷

A começar pelo método utilizado pelo direito de empresa, percebe-se sua distância do direito civil.

O método utilizado pelo direito empresarial é o indutivo, ou seja, aquele que observa as partes para construir o todo; aquele que se constrói *observando-se objetos* de uma mesma classe. Isso se explica pela necessidade de regular atos que sofrem constante e rápida evolução, como bem precisa Waldírio Bulgarelli, um dos autores que mais se aprofundaram no estudo deste assunto, entre nós: “Destinado a reger relações econômicas decorrentes do mercado, tendo um substrato econômico acentuado, o direito comercial se apresenta com características que o distanciam do direito

costumes, razão pela qual observamos um desenvolvimento célere e bem mais próximo da realidade no direito empresarial. A *Lex Mercatoria* é exemplo típico da influência decisiva dos usos e costumes oriundos dos mais diversos setores do comércio e que se tornam uma prática geral e constante na grande maioria dos mercados” (Paulo Sá Elias, *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*, pp. 131-143).

37. José Ignácio Botelho de Mesquita, “A nova execução da sentença civil. Mais alterações”, *Revista do Advogado* 81/61.

34. Apenas a citada Lei 4.137/1962 havia se ocupado de precisar o que se consideraria “empresa”, para os seus fins. A Lei 8.934/1994, do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, já utilizou a expressão “empresa” em sua denominação.

35. Tanto não podem ser tratadas de maneira única as obrigações civis e as empresariais, que o regime de insolvência é distinto dependendo da natureza da atividade ou ato do devedor. No caso do empresário, aplica-se-lhe o regime de falências.

36. “As normas do direito comercial sempre foram criadas (em quase sua totalidade) a partir dos

civil, que é o ramo que com ele comparte o âmbito das relações do direito privado. (...) apresenta-se o direito comercial com um *método* próprio e característico, ou seja, o método *indutivo*, que parte da observação da realidade (fatos econômicos), chegando por via dela aos princípios gerais. Portanto, acompanha a vida econômica, surpreendendo-lhe a dinâmica, e daí configurando as categorias jurídicas correspondentes”.³⁸

Por isso, o direito empresarial *tem características bem marcantes*,³⁹ que não podem ser desconsideradas pelos agentes do Direito.

Veja-se: o *dinamismo* e a *agilidade*, para acompanhar o movimento das relações econômicas, já que os atos empresariais não podem ficar à mercê de avanços jurídicos para se concretizar; o *internacionalismo* e a *inovação*, pois sofre influências dos mercados e se realiza entre povos, adota institutos e convenções internacionais para não ver a economia nacional suplantada por outras e para uniformizar seus padrões de realização, acompanhando os progressos tecnológicos que estimulam sua contínua renovação; a *onerosidade*, pois o objeto do direito empresarial é a atividade que sempre busca lucro; a *massificação*, pois seus atos se realizam, potencialmente, em larga e ampla escala, em nível de mercado, e não dirigidos a indivíduos determinados; a *instrumentalidade*, pois o direito empresarial se presta a dar forma jurídica à realização de negócios e relações comerciais, o que deve se concretizar, *por sua natureza*, sem excesso de formalismos.

Os elementos identificadores expostos são suficientes para justificar a *prudência criteriosa* da aplicação dos princípios da lei civil às obrigações mercantis, posto que

o direito de empresa tem, ele mesmo, princípios a serem observados e que, ao lado das características já elencadas, reforçam sua autonomia. A *propriedade* no direito empresarial, tem sentido diverso do consagrado pelo direito civil. Aqui, a propriedade é vista de modo dinâmico, com caráter empresarial, já que controla instrumentos de produção e geração de riquezas. Para o direito empresarial *a propriedade é um meio, um instrumento, de geração de riquezas*, e não uma finalidade em si mesma, para os seus detentores.

Existe também, no direito empresarial, uma preocupação em proteger a *aparência*, com a finalidade de se garantir e assegurar a atividade mercantil e a higidez do mercado, abrigando a *boa-fé*. Por conta do princípio da aparência, a solidariedade passiva entre os sócios é regra, desenvolvendo-se teorias como a desconsideração da personalidade jurídica, *ultra vires societatis* e *insider trading*. Percebe-se que tal princípio tenciona dar segurança às relações comerciais.

Reforçando a segurança jurídica e procurando simplificar o relacionamento econômico, surge a *uniformização* das normas comerciais, devido ao seu caráter internacionalista.

Também as fontes que alimentam o direito empresarial lhe são peculiares, dividindo-se em históricas, materiais e formais.

As históricas referem-se a textos e documentos encontrados desde a Antiguidade. Como exemplos podemos apontar o Código de Hamurabi, o *Digesto* do Direito Romano, o *Consulado del Mare*, os estatutos das corporações de mercadores, o Código Napoleônico, as partes revogadas do Código Comercial – enfim, escritos que, de alguma forma, contribuíram para a formação do direito comercial atual.

As fontes materiais são os elementos que concorrem para a criação das leis de cunho empresarial, que *determinam as especificidades deste ramo jurídico*. Pode-

38. Waldrio Bulgarelli, *Direito Comercial*, cit., 13ª ed., p. 16.

39. As características podem apresentar relativa variação, de acordo com o autor que as expõe. V., por todos, Rubens Requião, em seu *Curso de Direito Comercial*, 25ª ed., vol. 1, pp. 31-32.

mos citar os usos e a prática da atividade empresarial, que são a matéria a ser regulada por esse ramo do Direito, em todas as suas nuances. Em suma: o fato econômico.

As fontes formais são a manifestação positiva da norma jurídica empresarial. São as leis e as convenções entre as partes. Assim, hierarquicamente, vem, em primeiro lugar, a Constituição, seguida pelos Códigos Civil e Comercial e de toda a legislação esparsa que regula a matéria (Lei das S/A, Lei de Falências, Lei do Cheque, Lei Uniforme de Genebra, a lei civil em relação aos contratos e obrigações, os contratos mercantis, marcas e patentes etc.). São as chamadas *fontes primárias*.

Integram as fontes secundárias os usos e costumes, as leis civis, penais, administrativas etc., aplicadas subsidiariamente, a jurisprudência, a doutrina, a analogia, a equidade, os princípios gerais de Direito. Ressalve-se que há entendimentos que não consideram a jurisprudência e a doutrina como fontes de Direito nos sistemas de *civil law*.⁴⁰ Sobre os usos e costumes comerciais é bom frisar que são práticas de uso público reiterado em matéria comercial, que acabam sendo acatadas como lei entre os participantes dos negócios. Caracterizam-se pela prática repetida e contínua e pela compreensão uniforme entre os comerciantes, não contrariando a lei, podendo ser assentados pelo Registro Público de Empre-

40. "A enumeração legal exclui assim outras fontes apontadas pelos autores, como a doutrina e a jurisprudência. Em relação à *doutrina*, que serve como elemento valioso para o estudo, portanto, para a própria evolução do Direito, não constitui, evidentemente, uma fonte formal do Direito. Já em relação à *jurisprudência*, tendo J. X. Carvalho de Mendonça sustentado que ela constitui fonte subsidiária do Direito, tem-se criticado essa posição, pela demonstração de que, sendo a jurisprudência mera reiteração dos julgados num sentido determinado, a função do juiz não é criar, mas, sim, aplicar a norma jurídica nos casos concretos" (Waldírio Bulgarelli, *Direito Comercial*, cit., 13ª ed., pp. 80-81). Ricardo Negrão, em sua obra *Manual de Direito Comercial e de Empresa* (3ª ed., vol. 1, pp. 11-20), sequer menciona doutrina e jurisprudência quando trata das fontes do direito comercial.

sas Mercantis e Atividades Afins.⁴¹ Não se pode olvidar, ainda, a *Lex Mercatoria*⁴² e as diretrizes que lança no comércio internacional, e com as quais o Brasil deve estar em sintonia, se desejar participar deste tipo de relação econômica.

Pelas *exigências dos fatos econômicos*, que *deram ao direito de empresa suas características próprias*, erigindo princípios e elegendo o método indutivo, é que o direito comercial pôde evoluir para o que hoje se pode chamar de "direito empresarial". Essa evolução natural reflete, claramente, suas características de dinamismo, flexibilidade e instrumentalidade.⁴³ Sua autonomia não resulta, portanto, à evidência, de simples razões históricas, e sim da *necessária adequação do fato social*.

41. O registro se dá nas Juntas Comerciais de acordo com o contido no art. 8º, VI, da Lei 8.934/1994, embora, na prática, venha sendo de pouco uso.

42. "O comércio internacional tem uma série de regras jurídicas próprias, que são comumente chamadas de *Lex Mercatoria*. Essas regras não são regras oriundas do Direito interno dos vários países (...). A *Lex Mercatoria* não tem sido considerada como um ordenamento supranacional, a derogar o Direito interno dos países. (...) A *Lex Mercatoria*, assim, nada mais é que um conjunto de regras específicas a regular os contratos comerciais. Essas regras estão baseadas em certa medida nas próprias cláusulas dos contratos, ou seja, no princípio da autonomia da vontade como fonte criadora de direitos e obrigações. Portanto, (...) pode ser considerada uma aglomeração coerente de normas, dotadas de juridicidade para resolver questões jurídicas decorrentes de casos concretos no âmbito do comércio internacional, com eficácia e coercitividade" (Bruno Mattos e Silva, "Conflito entre leis e tratados internacionais no direito privado e no direito tributário", <http://www.brunosilva.adv.br/dir-int32.html>, 10.10.2004).

43. Waldírio Bulgarelli trata do direito empresarial e "sua íntima conexão com a economia, que é sua sina e seu fanal, pois dela extrai heurísticamente a seiva mais succulenta com que se alimenta, faz com que, *pari passu* às transformações econômicas, espelhe, em abalos e avanços, seus efeitos. A evolução da economia moderna (...) produziu (...) traumas marcantes na estrutura íntima do direito comercial (...) ganhou, em contrapartida, outra vitalidade e amplitude com os novos institutos surgidos na prática econômica" (*Tratado de Direito Empresarial*, cit., 3ª ed., p. 13).

Percebe-se que o favorecimento⁴⁴ da exploração empresarial se justifica nos mesmos motivos que legitimam o princípio da preservação da empresa, posto que do contrário os riscos da atividade empresarial⁴⁵ seriam insuportáveis para todos quantos se *aventurassem* em empresariar.

3.3 Considerações necessárias sobre a atividade econômica e sua disciplina jurídica

É forçoso reconhecer que as questões econômicas ocupam lugar de destaque no cotidiano e chegam a dominar o mundo na atualidade.⁴⁶ Basta verificar que a economia acaba por traçar diretrizes para os destinos políticos, militares, diplomáticos, sociais e culturais, acarretando conseqüências profundas na vida de todos, desde o mais humilde trabalhador asiático até os grandes conglomerados industriais americanos ou europeus. Não se trata de um posicionamento ideológico. É, apenas e tão-somente, a *constatação de um fato*.

Todos, de uma forma ou de outra, somos atingidos por decisões no campo econômico, e agora de modo mais intenso, já

44. Como exemplos significativos deste favorecimento que a sociedade reconhece aos empresários, podemos citar a possibilidade de limitação da responsabilidade e a recuperação de empresas.

45. Os riscos da atividade empresarial podem ser divididos em dois tipos: os decorrentes do exercício da atividade e os relativos ao comprometimento do patrimônio de seus titulares. Toda atividade empresarial é uma atividade de risco. Tanto isso é verdade, que todos os sistemas jurídicos do mundo têm algum tipo de regulação falimentar. Quando alguém pretende iniciar uma empresa, necessita de meios materiais mais ou menos vultosos, dependendo do ramo de atividade a ser desenvolvido e do porte do empreendimento. O risco está no insucesso da empresa e na perda do investimento, de toda ordem, feito.

46. Guiomar T. Estrella de Faria cita as quatro liberdades fundamentais, tidas como *pilares das comunidades econômicas*: livre iniciativa, liberdade de estabelecimento, livre circulação de fatores produtivos e livre concorrência ("Considerações sobre o direito comercial e o novo Código Civil Brasileiro", *Revista do Advogado* 71/44 e 49).

que acontecimentos em um distante país podem provocar resultados positivos e negativos em diversas partes do mundo, devido à globalização,⁴⁷ de modo quase instantâneo.

Não é mais possível pensar, planejar, desenvolver estratégias, em nível apenas interno.

Historicamente, sabe-se que o comércio nunca conheceu fronteiras, ideologias, preconceitos, dogmas religiosos ou qualquer barreira. Sempre foi, ao contrário, motivo de aproximação dos povos. E ainda o é. A própria *globalização* é produto de interesses econômicos.

Assim, a atividade econômica, de modo geral, é o que promove a circulação da riqueza e determina, em regra, o destino de bilhões de pessoas, na busca de atenderem às suas necessidades. Ela envolve operações das mais variadas, desde o extrativismo e agropecuária, até atividades mais complexas, como a produção de bens, abrangendo, normalmente, mais de um setor; indo da captação da matéria-prima até a venda a varejo ao consumidor, implicando o uso da moeda, a troca entre indivíduos, empresas e órgãos públicos, na busca do lucro. E a atividade econômica é desenvolvida, basicamente, através da empresa mercantil.

Como bem coloca Daniel Carneiro Machado: "No atual cenário econômico tomado pelo processo de globalização e pelos avanços tecnológicos, é importante destacar a crescente influência e participação da empresa como *coração da sociedade contemporânea*, estando ela, sem dúvida, no centro da economia moderna, cons-

47. De modo sintético, a "globalização" pode ser entendida como o processo típico da segunda metade do século XX que conduz à crescente integração das economias e das sociedades dos vários países, especialmente no que toca à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros e à difusão de informações (segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Aurélio Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI*, versão 3.0, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, s.d.).

tituindo a *célula fundamental* de todo o desenvolvimento industrial”.⁴⁸

Não apenas do desenvolvimento industrial, mas de *toda o desenvolvimento econômico* – podemos acrescentar –, abrangendo todo tipo de atividade econômica, já que “empresa”, no melhor vernáculo, significa organização destinada à produção ou venda de mercadorias ou serviços, tendo, em geral, como objetivo, o *lucro*.

No mesmo sentido a contundência e lucidez das palavras de Fábio Konder Comparato: “Se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de sua receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço”.⁴⁹

Apura-se que a busca do lucro é legítima, pois, além dos riscos que envolve, devido a ela, as empresas acabam agregando valores à sua atividade, trazendo benefícios diretos e indiretos à população, promovendo o giro de recursos.⁵⁰

O rol dos valores sociais agregados à empresa – que motivam o princípio da sua preservação, tendência mundialmente reconhecida – inicia-se na ocupação de mão-de-obra, na abertura e manutenção de pos-

tos de trabalho, o que obedece ao comando constitucional da busca do pleno emprego (art. 170, VIII). O Estado não tem meios de absorver sozinho, como empregador, todo o potencial da população economicamente ativa do país. É à iniciativa privada que cabe a tarefa de exaurir a capacidade laborativa da maior parte da população.

Também relevantíssima a participação da iniciativa privada nas receitas do Estado. O fato tributário ocorre, preponderantemente, nas empresas. Assim, a parte mais significativa de entradas tributárias para o Estado se origina nas transações econômicas efetuadas pela iniciativa privada. Não há como o Estado fazer seu papel de coordenador da vida social sem recursos de ordem material, e estes são oriundos das receitas fiscais, em sua maioria recolhidas em razão de negócios realizados pelas empresas.

Indo além, não se pode esquecer que o avanço tecnológico tem tido suas origens também na iniciativa privada, que investe em pesquisas para cumprir seu próprio objetivo: a busca do lucro. O Estado não destina verbas substanciais à pesquisa.

Não se pode desconsiderar, ainda, o desenvolvimento que as iniciativas empresariais trazem para a microrregião onde se instalam, causando um efeito multiplicador em seu entorno.

Some-se a tais fatos a facilidade de acesso a bens e serviços que a difusão da empresa privada traz para a população de um determinado lugar.

Assim é que, de modo muito rápido, esses valores sociais (empregos, impostos, avanço tecnológico, desenvolvimento, facilitação de acesso da população a bens e serviços) justificam a inclinação à preservação da empresa.

Certo é que o interesse econômico na busca do lucro *nem sempre* trilha os caminhos da ética e do bem comum, por ser desmesurado e distorcido, sobrepujando-se, de modo equivocado, a vidas humanas, à dignidade e à preservação ambiental – o que, em última análise, é extremamente condenável.

48. Daniel Carneiro Machado, “O novo Código Civil Brasileiro e a teoria da empresa”, *Revista Jurídica Consulex* 128/31 (sem grifos no original).

49. Fábio Konder Comparato, “A reforma da empresa”, *RDM* 50/57.

50. Sobre o modo como o lucro é encarado no Brasil, cf. Hélio Gurovitz e Nelson Blecher, “O estigma do lucro”, revista *Exame* n. 6, ed. 839/20-30.

Porém, é impensável, nos dias de hoje, viver sem considerar questões econômicas. O modelo social que se propaga, cada vez mais, no mundo incentiva ou, antes, se baseia no modelo econômico do consumo. São as necessidades do indivíduo que motivam toda e qualquer atividade econômica.

Embora o panorama mundial possa levar a crer que o poder econômico tem efeitos devastadores, porque não impõe limites à ambição – portanto, *não é o poder econômico*⁵¹ *em si um fator deletério, mas o modo como ele é utilizado* –, é inegável que uma incipiente consciência ética vem impulsionar os rumos da atividade econômica neste milênio.⁵² Cremos que ela será cada vez mais empregada para resgatar a dignidade das pessoas e dos povos, permeada por cuidados ambientais, mesmo que com a preocupação egoísta de ser a única forma de preservar os consumidores e os recursos naturais, fontes de matéria-prima. O que, no jargão popular, equivale a dizer que o interesse econômico começa a considerar a necessidade de “não matar a galinha-dos-ovos-de ouro”, atentando para os limites da Natureza e os interesses da justiça social.

Disso a importância do direito empresarial, já que trata da regulação jurídica da atividade econômica exercida pela iniciativa privada.

O próprio termo “comercial” já não é mais visto como aquilo que se refere apenas e tão-somente à atividade de mera intermediação. Hoje, fala-se em “comércio em sentido estrito” e “comércio em sentido amplo”, quando “comercial” é utilizado como sucedâneo de “empresarial”.⁵³

51. “Poder econômico” pode ser compreendido como o controle exercido por empresas, sejam do setor primário, secundário ou terciário, sobre a sociedade, impondo-lhe padrões de comportamento, manipulando o mercado.

52. Serve como ilustração a respeito da preocupação ética nos negócios a empresária inglesa Anita Roddick, que expõe sua experiência na obra *Meu Jeito de Fazer Negócios*, 2002.

53. Neste estudo, o termo “comércio” e seus derivados poderão ser utilizados em ambos os senti-

Assim, *a natureza especial da atividade empresarial é o que justifica seu tratamento específico*, levando em consideração, além das necessidades sociais, as necessidades dos agentes econômicos. Não é possível, de um momento para o outro, fechar-se os olhos a essa realidade, pois “o perigo para o desenvolvimento econômico do país é gigantesco, pois o investidor desprotegido opta por não investir. A economia do Brasil sofrerá as duras consequências (...)”.⁵⁴

3.4 A empresa e sua função social

Nossa Constituição Federal reconhece o direito de propriedade (art. 5^º, XXII). Estabelece, contudo, que a propriedade deve atender a uma função social (art. 5^º, XXIII). O mesmo se repete na regulação do poder econômico, nos arts. 170 e ss.

A empresa, ainda em nossos dias, pode e deve ser vista considerando-se os vários aspectos que a compõem, como prega a teoria poliédrica. Desse modo, quando se considera que a atividade, para ser exercida, necessita de meios materiais e imateriais, depara-se com os bens que compõem o estabelecimento empresarial e que constituem o perfil objetivo da empresa.

Então, o empresário, singular ou coletivo, para desenvolver sua atividade, titulariza bens, é *proprietário*. Deve, portanto, na visão ideológica neoliberalista da atualidade, atender à função social de sua propriedade.

A propriedade empresarial observa sua função social quando, em primeiro lugar, é utilizada segundo a visão do direito empresarial – como meio, como instrumento que frutifica. Deve, então, produzir.

dos, devendo-se considerar o contexto em que aparecerem para se definir sua significação.

54. Jacy de Souza Mendonça. “O risco empresarial”, *Usina de Letras*, <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.phtml?cod=4228&cat=Ensaios> (5.1.2004).

Ora, se se prega que a empresa, nos dias atuais, merece ser preservada, porque a ela se agregam valores sociais, o empresário deve utilizar seus bens empresariais de modo *ativo e positivo*, efetivamente, *exercendo a atividade*. Bens de produção ou circulação econômica inativos não cumprem sua função social.

Partindo-se, então, do pressuposto de que cabe ao titular dos bens empresariais dar-lhes destino ativo, há, ainda, outro fator, que a isso se adiciona, para o cumprimento da função social da propriedade empresarial: os limites da lei.

Não basta, então, que o empresário desenvolva sua atividade: é preciso que a prática empresarial se dê de forma a respeitar os direitos dos trabalhadores a seu serviço, dos consumidores, dos concorrentes, sem agredir o meio ambiente e recolhendo os impostos e taxas que lhe couberem.⁵⁵

Embora a função social da propriedade empresarial esteja plenamente atendida quando a atividade é prestada nos moldes expostos, alguns empresários vão além de tal exigência, e se propõem a cumprir tarefas que seriam essencialmente dever do Estado, adotando práticas denominadas “responsabilidade social”.

Passam, então, a uma atuação paralela à busca do lucro, que *é a razão de ser da empresa privada*. Vão à comunidade e oferecem serviços, amparo, formação profissionalizante, cultura e arte, entre outras coisas.

Porém, não se pode ter essa participação como *exigência*.

É certo que a *empresa* que demonstra ter compromisso social tem sua imagem

cada vez mais valorizada pelos que com ela contratam, seja nas relações entre empresários ou com consumidores. Mas no Brasil atual isso é, ainda, um diferencial competitivo, que se soma aos demais elementos do aviamento do estabelecimento. À medida que a população for recebendo educação e informação de qualidade, talvez essa participação seja requisitada com mais intensidade.

Mas *não se pode transferir ao empresário a tarefa de promover a justiça social* através de ações de responsabilidade social. O fomento da justiça social é tarefa do Estado, *com a colaboração de todos*. “A empresa não pode ser corolário de filantropia e nem de selvageria, mas apenas deve ser a contribuição privatista para o desenvolvimento social, mediante a reunião dos fatores produtivos.”⁵⁶

4. Aplicação dos princípios do Código Civil de 2002 no direito de empresa

Não é produtivo lidar com o direito empresarial do mesmo modo como se aplica o direito civil.⁵⁷ Fernando Passos faz co-

56. Marcos Paulo de Almeida Salles, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, *RDM* 119/107.

57. “Qualquer que seja o nome adotado (direito comercial, mercantil, empresarial, dos negócios etc.), o estudo e ensino dos meios socialmente instituídos para a superação de conflito de interesses entre empresários, incluindo os das leis, comportam especialização e convém sejam especializados. O estudioso dessa área do saber jurídico, assim como o profissional que nela atua, além de dominar alguns conceitos básicos de Economia, Finanças e Contabilidade, deve também *compreender* as necessidades da empresa e do empresário, aceitando que o Direito é, muitas vezes, *elemento de custo* para a atividade econômica. (...) As áreas do conhecimento jurídico podem ser classificadas em duas espécies: endógenas e exógenas. As áreas endógenas alimentam-se exclusivamente pela literatura jurídica; as exógenas se mediocrizam caso deixem de se alimentar de outras fontes. Direito processual civil é exemplo de área endógena. Excelentes processualistas podem ler apenas livros de processo civil. Direito do meio ambiente é exemplo de área exógena. Não há nenhum grande jusambientalista que possa dispen-

55. A Lei 6.404/1976 foi pioneira, entre nós, em reconhecer vocação social à empresa, no formato de sociedade anônima. Assim, está no parágrafo único de seu art. 116 que, no exercício da atividade empresarial, deve-se respeitar seu objeto e fazer cumprir sua função social, atendendo, lealmente, aos interesses dos acionistas, dos trabalhadores e da comunidade onde atua.

mentário que ilustra a questão: “Em 1929, na mesma conferência, [de inauguração da *Universidade de Bolonha*] Vivante reformulou seu pensamento, afirmando que o direito comercial não pode se unir ao direito civil, porque são diferentes, porque há impossibilidade de convivência harmônica sem prejuízos para o direito comercial. Ele aprendeu isso, formulando as leis italianas sobre comércio, porque ele era designado pelo Governo Italiano para fazê-las e verificava que *as questões eram específicas do comerciante, tendo em vista o risco da atividade mercantil*, que aprendemos desde a Idade Média. (...). Se aplicarmos o direito de empresa com esses princípios, [que instruem o novo Código Civil] sem levar em conta a especificidade desse direito e peculiaridades, teremos uma legislação de desestímulo à atividade empresarial, e as sociedades que usaram o Direito para desestimular os investimentos e a atividade empresarial assistiram, no mundo moderno, a fortes retrações na sua economia, na geração de empregos e na riqueza do país. Poesia tem limites”.⁵⁸

sar a leitura de livros de Biologia ou Ecologia. Direito civil é disciplina endógena. Os civilistas podem alcançar a excelência, em suas pesquisas e no exercício profissional, concentrando-se apenas nos tratados e monografias de direito civil. Direito comercial é disciplina exógena. Os comercialistas não se diferenciam, como professores ou profissionais, se não dominarem noções básicas de Economia (macro e micro), Finanças e Contabilidade. A licitude ou ilicitude de barreiras ao ingresso de *player* num mercado relevante não se pode definir sem uso de conceitos macroeconômicos. Não é possível entender a estrutura jurídica do contrato de *vendor* ignorando a lógica dos *spreads* bancários: financiar pequenas empresas com taxas de riscos de grandes empreendimentos. Não há como definir se o direito aos dividendos de um acionista minoritário foi respeitado, sem conhecer conceitos rudimentares de Contabilidade. Esta diferença é suficiente para justificar a especialização” (Fábio Ulhôa Coelho, “A lei e o ensino do Direito: há futuro para o direito comercial?”, cit., *Contribuições*, <http://www.wilges.com.br>, 30.6.2002, pp. 1 e 14-15).

58. Fernando Passos, “O direito empresarial no novo Código Civil Brasileiro”, *Arquivos Jurídicos do Centro Universitário Capital*, 2003, pp. 70-71 (sem grifos no original).

Se a preocupação primordial do Código Civil de 2002 foi imprimir a *socialidade* a todas as relações reguladas por ele, a grande questão que se coloca com referência ao direito de empresa e às obrigações de natureza empresarial⁵⁹ não é o desatendimento desse comando. Mas, sim, como a *socialidade* se materializará nestes assuntos, ou seja, o que deve ter em mente o julgador – agora, com maior arbítrio para agir, segundo o princípio da operabilidade – para fazer atender à instrução do Código.

O juiz, podendo-se valer dos princípios do Código Civil, em um dado caso concreto, ao decidir contra a parte *mais forte* da relação contratual – embora a interpretação *in abstracto* da lei levasse ao entendimento contrário –, pode estar *fazendo justiça* de modo imediato, considerando os interesses do mais fraco ou de uma coletividade.

Todavia, decisões dirigidas dessa forma, embora possam parecer justas para o caso considerado, terão, através de posicionamentos reiterados, um impacto negativo na economia do país.

Um exemplo, dentre muitos outros, pode ajudar a compreender essa inquietação.

Os Governos reconhecem que é preciso providenciar evolução tecnológica para seus países, a fim de não se tornarem reféns da tecnologia estrangeira. No entanto, eles não são auto-suficientes em fazê-lo. Surge, então, a iniciativa privada como alternativa eficiente. Por isso, são elaboradas leis de propriedade industrial, que têm por finalidade o incentivo à pesquisa, garantindo exclusividade na exploração econômica da invenção.

59. Embora se possa dizer que, com a unificação das obrigações em um único diploma, não há mais que se distinguir em obrigações civis e obrigações empresariais, é forçoso reconhecer que a lei não tem o poder de igualar o que é distinto. A *natureza* das obrigações diferencia-se, segunda seu objetivo. Não há que se falar em igualdade entre obrigações civis e comerciais.

Em alguns casos as patentes podem referir-se a bens de grande interesse para a sociedade como um todo – como no caso dos medicamentos, por exemplo. Ora, havendo necessidade de consumo de dado remédio por uma grande parcela da população, parece justo que se *quebrem* os direitos de patente sobre ele, para que todos os que se interessarem passem a produzi-lo – o que, certamente, devido à “lei da oferta e procura”, baixará o preço do produto, podendo, até mesmo, o próprio Governo passar a fabricá-lo. A justificativa social, *o bem comum*, autorizaria tal ação, já que estão opostos, de um lado, os interesses sociais – representados, em última análise, pelo direito à saúde e à vida de uma coletividade – e, de outro, o interesse particular do detentor da patente. Nada parece mais razoável.

Contudo, voltemos ao fato do avanço técnico-científico. O objetivo da Ciência, seja ela qual for, é fazer progredir os índices de qualidade de vida – no caso citado, a produção de medicamentos que venham a garantir maior higidez ao ser humano. Ciência requer recursos econômico-financeiros para se realizar, tanto que se transfere, muitas vezes, a produção científica à iniciativa privada, porque os Governos não destinam verbas e não têm estruturas suficientes para a pesquisa científica.

Ora, se a solução da *quebra de patentes* for utilizada sem critérios, os empresários não mais investirão milhões de Dólares em pesquisas de medicamentos, e ninguém poderá dizer que se trata de atitude condenável, porque, a longo prazo, não dispondo de receitas arrecadadas na exploração de suas patentes, não haverá mais o que investir. Isso consumado, não podendo os Governos suprir tal lacuna, os avanços cessarão. Tal situação, de mais difícil reparação, certamente que não atende aos interesses sociais, à *socialidade*.

O mesmo, *mutatis mutandis*, pode-se considerar para a aplicação indiscriminada da desconsideração da personalidade jurídica, para a exigência do comparecimento do cônjuge no aval etc.

O alerta que se faz é que nem tudo que, de imediato, atende a interesse coletivo servirá à sociedade. É preciso amadurecimento, reflexão e visão de longo prazo para se avaliar questões que envolvem as obrigações e os direitos empresariais, porque, antes das leis de cunho jurídico, existem as leis que *regulam a própria natureza humana*, e que palavras inseridas em textos legais não têm o condão de alterar.

Com relação à *eticidade*, lembre-se que a boa-fé tem sido instrumento do aviamento empresarial mesmo quando nem se havia precisado tal idéia. De outra forma, é considerar a má-fé como princípio de ação do ser humano. O correto, no entanto, é se ter a boa-fé como ponto de partida para se estabelecer as relações negociais.

É que – como, em boa hora, relembra Guiomar T. Estrella de Faria⁶⁰ – a boa-fé figura entre os princípios basilares, tradicionalmente consagrados pelo direito comercial, ao lado da liberdade contratual, do respeito ao pactuado, da abertura aos usos comerciais e da *sanção do comportamento desleal*.

A boa-fé, por certo, não pode ser tida como única manifestação da Ética, mas é, sem dúvida, seu ponto de partida, como mencionado.

Por outro lado, seria pueril crer que somente pelo fato de o Código de 2002 vir à luz todas as relações humanas passassem, automaticamente, a se pautar pela Ética. Se a ação não estiver impulsionada pela boa-fé, sempre haverá sanção à má conduta. “É a proteção que se dá ao homem de bem em relação aos demais!”⁶¹

A aplicação do princípio da operabilidade deve também ser fruto de prudência em relação às questões empresariais, por dois motivos principais.

60. Guiomar T. Estrella de Faria, “Considerações sobre o direito comercial e o novo Código Civil Brasileiro”, cit., *Revista do Advogado* 71/45 e 49.

61. Jacy de Souza Mendonça, “Princípios e diretrizes do novo Código Civil”, cit., *Inovações do Novo Código Civil*, p. 23.

A uma, porque essa dose extra de arbítrio que se confere ao juiz é mais própria de um sistema inusual entre nós: o da *common law*, como visto. Não estamos afeitos – nem os agentes do Direito, nem os destinatários da prestação jurisdicional – a operar com tais parâmetros.

A duas, porque às relações econômicas são imprescindíveis a *certeza, a segurança e a credibilidade*. Investimentos devem ser feitos para que a empresa possa se implementar. Investir requer planejar. É preciso que o empresário possa calcular seus custos.⁶² Os riscos da atividade devem ser, o mais possível, minimizados.

5. Conclusão

Os receios da aplicação indistinta dos princípios do Código Civil de 2002 às questões atinentes ao direito empresarial não têm por fundamento uma preocupação puramente econômica. Até porque a preservação da economia *só tem sentido em razão do fato social* que representa.

Nossa CF traz, em seu art. 1^º, como fundamentos da República – e do Estado Democrático de Direito –, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e como objetivos fundamentais (art. 3^º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais. *A economia deve ser vista e tratada como o instrumento de se atingir os objetivos da República*. Daí seu grau de importância.

Ora, no modelo social em que se vive na atualidade, baseado no consumo, é impensável atingir quaisquer dos objetivos traçados pela sociedade sem meios econômicos. Sendo o Brasil um país em busca do desenvolvimento econômico – como *instrumento de redução de desigualdades*

e construção de uma sociedade justa –, luta contra dificuldades internas e externas.

O capital estrangeiro é cortejado por todos os países, mesmo os mais ricos. Mas o investimento estrangeiro que nos interessa é aquele feito em *produção*, a fim de se perenizar em nosso território.

Ora, não se investem quantias maciças antes de se averiguar as condições em que as atividades de investimento se desenvolverão. Desse modo, as regras devem ser *prévias, certas e seguras*, para captar os investimentos tão necessários ao nosso povo. A realidade do mundo atual, com análises como o *risco-país*, impõe tais considerações.

A liberdade de iniciativa deve ser de tal ordem que não cause entraves inúteis à atividade empresarial. Além disso, a liberdade⁶³ é o princípio que, pelas exigências ônticas do ser humano, se sobrepõe aos demais.⁶⁴

“O princípio da igualdade se subordina, sem dúvida, ao princípio da liberdade, pois é concebido como igualdade equitativa *de oportunidades*. E, como tal, só pode aflorar num sistema que permita a plena liberdade para o usufruto das oportunidades oferecidas pela sociedade (...). Só é possível conceber a igualdade, no plano da igual porção de liberdade que ela aquinhoa aos indivíduos; o que cada um faz dessa liberdade, desde que não cause dano aos demais, gera as desigualdades naturais de uma sociedade livre.”⁶⁵

63. A liberdade traduz-se no “conjunto de todas as liberdades: liberdade de consciência, de ensino, de associação, de imprensa, de locomoção, de trabalho, de iniciativa” (Frédéric Bastiat. *A Lei*, p. 51).

64. A solidariedade e a fraternidade não podem ser impostas por lei. São sentimentos que nascem no âmago de cada homem. Por isso, “muitos dos valores éticos hoje aceitos como direitos humanos estão mais no campo da voluntariedade do que do Direito” (Marcelo Batufira da C. Losso Pedroso, “O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos”, *Revista do Advogado* 78/55).

65. Marcelo Batufira da C. Losso Pedroso, “O princípio fundamental da liberdade, sua importân-

62. A esse respeito, fundamental a noção de *direito-custo*, explicitada por Fábio Ulhôa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, cit., 7^a ed., vol. 1, p. 38.

Não é aceitável que o Direito trate os cidadãos como entes que precisam ser tutelados, entendendo que cabe ao Estado substituir a vontade individual porque as pessoas, em geral, não sabem se colocar e se defender.⁶⁶ Ao Estado cabe implementar políticas públicas que venham *garantir a igualdade de oportunidades aos cidadãos*, a começar de uma política educacional *honesta e eficiente*.

Nessa esteira, chama a atenção o teor do art. 421 do Código, que reza que “a liberdade de contratar será exercida *em razão* e nos limites da função social do contrato”. Ora, que existam alguns limites à livre iniciativa é de comezinha aceitação, ainda mais numa política neoliberalista. Assim, como mencionado, a iniciativa privada encontra *limites* que procuram manter a concorrência saudável, o respeito aos direitos do consumidor, o exercício do poder econômico sem abusos, o meio ambiente equilibrado, entre outras coisas, e atendem aos interesses sociais. Mas, quando se diz que a liberdade de contratar deve ser exercida *em razão* de sua função social, existe aí uma incongruência, pois se parte do pressuposto de que *todo contrato* deve ser elaborado tendo em vista, antes de qualquer outra coisa, sua função social – e isso não corresponde à realidade que vivemos.

cia e hierarquia sobre os demais direitos humanos”, cit., *Revista do Advogado* 78/59.

66. A autonomia da vontade é um aspecto da liberdade individual. “Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, o que, teoricamente, presumir-se-á como o equilíbrio das prestações. Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar (...)” (Ecio Perin Jr., “A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil face ao projeto do novo Código Civil”, cit., *Jus Navigandi*, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=518>, 21.10.2004, p. 3). A própria lei delinea os limites à liberdade de contratar, quando estipula regras a respeito do abuso do poder econômico, da concorrência desleal, dos direitos dos consumidores etc. Exceto os limites legais, *o que não é proibido é permitido*.

“É um desconfiar profundo da liberdade, da razão humana; é um profundo desprezo pelo indivíduo, interditando-o (de si mesmo) na sua condição de homem, no que o caracteriza. É uma tentativa contínua, variada, incessante, para mutilar, encurtar, violentar de todas as formas, a liberdade humana, a idéia de que o Estado não deve ser apenas o condutor da sociedade; mas que deve ser, por assim dizer, o senhor de todos os homens (...). É o confisco (...) num alto grau, da liberdade humana, (...) eu diria ser uma nova versão da servidão humana.”⁶⁷

Os particulares fazem ajustes de vontade em razão de vantagens recíprocas que tencionam obter, e não em razão de sua função social.

O modelo de Estado assistencialista não permite o desenvolvimento pleno das capacidades humanas, e reforça as desigualdades sociais.

Sendo a Constituição Federal a Lei Maior, os princípios do Código Civil devem a ela se harmonizar. E a opção constitucional foi assegurar “a liberdade dos particulares, empresários e investidores. Em suma, a atividade econômica é livre aos particulares. Tal pressupõe o regime capitalista, ou seja, a liberdade econômica como condição do funcionamento do mercado”.⁶⁸

67. “C’est une défiance profonde de la liberté, da la raison humaine; c’est un profond mépris pour l’individu pris en lui-même, à l’état d’homme; ce que les caractérise tous, c’est une tentative continue, variée, incessante, pour mutiler, pour écourter, pour gêner la liberté humaine de toutes les manières, c’est l’idée que l’État ne doit pas seulement être le directeur de la société; mais doit être, pour ainsi dire, le maître de chaque homme (...) c’est la confiscation (...) dans un degré plus ou moins grand, de la liberté humaine, (...) je dirais que c’est une nouvelle formule de la servitude” (Aléxis Tocqueville, *Discours Prononcé à l’Assemblée Constituante dans la Discussion du Projet de Constitution, 12 septembre 1848, Oeuvres*, Paris, Gallimard, 1991, pp. 1.142-1.143, *apud* Marcelo Bataíra da C. Losso Pedrosa, “O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos”, cit., *Revista do Advogado* 78/60).

68. Régis Fernandes de Oliveira, “Empresa – Ordem econômica – Constituição”, *RT* 758/17.

Assim, “o papel fundamental do Estado é o de ser *indutor* da economia”.⁶⁹

Fica patente que incutir uma orientação socialista ao Código Civil contraria a diretiva constitucional e, mesmo, os motivos do diploma de 2002, que veio para ajustar os dispositivos da lei civil “aos imperativos de nossa época”, de acordo com as “reais aspirações da sociedade brasileira”, compreendendo diretamente nossos “problemas sócio-econômicos”, conciliando “os interesses dos particulares com as exigências do bem comum”.⁷⁰

É imperioso, então, harmonizar tais princípios à natureza dos fatos regulados, posto que são intuitivos os “prejuízos causados ao país por um sistema (...) não adequado a uma sociedade”,⁷¹ entendendo-se a expressão “direito social”, empregada pela Comissão Organizadora do Código, em consonância com os ideais políticos eleitos na Constituição Federal. A Exposição de Motivos do Código traz, a todo instante, a preocupação com a “inadequação de seu conteúdo à realidade social” – o que multiplicaria os conflitos de interesse. “O que importa é ter olhos para o futuro.”⁷²

É com estes olhos que enxergamos a obrigatoriedade de se atender à *principiologia* do diploma de 2002, assegurando, contudo, que tal não se constituirá em desestímulo ao desenvolvimento de atividades empresariais, de qualquer porte. Ninguém pensa em tratar questões penais do mesmo modo que questões civis, v.g., embora em ambos os ramos se deva sempre procurar imprimir um sentido social às soluções.

69. Idem, p. 18.

70. Armando Falcão, “Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975”, *Exposição de Motivos do Código Civil*, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, vol. 5, t. 2, *passim*.

71. Miguel Reale (superv.), *Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil*, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, vol. 5, t. 2, p. 24.

72. Idem, p. 26.

Não se trata de negar um sentido social ao direito de empresa. É preciso, no entanto, reconhecer de que maneira cada ramo do Direito pode melhor cumprir seu papel social. O próprio histórico do direito de empresa recomenda tal cautela.

Se uma das pretensões do Código de 2002 é – nas palavras de Miguel Reale – a “preservação das forças criadoras do trabalho”,⁷³ pela indiscutível necessidade social da busca do pleno emprego, a harmonização da aplicação dos princípios do diploma com os interesses empresariais está em sintonia com o comando da *socialidade* do Código, porque representa a otimização da aplicação de recursos na produção e, via de consequência, agregação de valores sociais: empregos, impostos, desenvolvimento, avanço tecnológico, facilitação de acesso a bens e serviços à população – funcionando como um incremento à circulação de riquezas.

Referências bibliográficas

ABREU, Florêncio de. “Esboço de Anteprojeto de Código Comercial”. *Arquivos do Ministério da Justiça* 29/3-38. Brasília, março/1949.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 2ª ed., vol. 1, Coimbra, Livraria Almedina, 2000.

ARECHA, Waldemar. *La Empresa Comercial*. Buenos Aires, Depalma, 1948.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. 3ª ed. Milão, Giuffrè Editore, 1962.

ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa” (trad. de Fábio Konder Comparato). *RDM (Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro)* 35-104/109-126. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/1996.

73. Cit. por Fernando Passos, “O direito empresarial no novo Código Civil Brasileiro”, cit., *Arquivos Jurídicos do Centro Universitário Capital*, 2003, p. 70.

- BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. Trad. de Ronaldo da Silva Legey. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1991.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O Novo Código Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 3ª ed., vol. 1. Rio de Janeiro, Forense, 1927.
- BLECHER, Nelson, e GUROVITZ, Hélio. "O estigma do lucro". *Revista Exame* n. 6, ed. 839/20-30. Ano XXXIX. São Paulo, Abril, 30.3.2005.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. vol. 2. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- BRASIL. *Código Civil – Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 54ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- . *Código Comercial – Lei n. 556, de 25.6.1850*. 48ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- . *Constituição da República Federativa. Coleção Saraiva de Legislação*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- BRUSCATO, Wilges. *A Atividade Econômica e o Direito Societário*. Doutorado em Direito/PUC/SP. São Paulo, setembro/2003 (316 pp.).
- BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial*. 13ª ed. São Paulo, Atlas, 1998.
- . *Tratado de Direito Empresarial*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1997.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 5ª ed., vol. 3. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.
- COELHO, Fábio Ulhõa. "A lei e o ensino do Direito: há futuro para o direito comercial?". *Contribuições*. <http://www.wilges.com.br>. (30.6.2002).
- . *Curso de Direito Comercial*. 7ª ed., 3 vols. São Paulo, Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A reforma da empresa". *RDM* 50/57-74. Ano XXII (Nova Série). São Paulo, Ed. RT, abril-junho/1983.
- . *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito Comercial*. vol. 1. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.
- CORREIA, Antônio de Arruda Ferrer. *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*. 2ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1985.
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 7ª ed. Lisboa, Ediforum, 2001.
- COSTA, Philomeno José da. "Comentário de jurisprudência". *RDM* 53/88-101. Ano XXIII (Nova Série). São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/1984.
- DÓRIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 13ª ed., vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- ELIAS, Paulo Sá. *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*. São Paulo, Manole, 2003 (pp. 131-143).
- FALCÃO, Armando. "Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975". *Exposição de Motivos do Código Civil*. vol. 5, t. 2. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.
- FARIA, Guiomar T. Estrella de. "Considerações sobre o direito comercial e o novo Código Civil Brasileiro". *Revista do Advogado* 71/44-52. Ano XXIII. São Paulo, AASP, agosto/2003.
- FARIA, Werter R. *Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.
- FERREIRA, Geraldo Sobral (coord.). *Código Comercial de Moçambique: Proposta para um Anteprojecto*. Lauro de Freitas/BA, FABAC, 2002.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 3ª ed., vol. 2. São Paulo, Saraiva, 1952.
- . *Tratado de Direito Comercial*. vols. 1 e 7. São Paulo, Saraiva, 1960 e 1963.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim, UTET, 1950.
- FIALE, Aldo. *Diritto Commerciale*. 10ª ed. Nápoles, Simone (Série Manual Jurídico), 1996.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. "Empresa, empresário e estabelecimento. A disciplina das sociedades". *Revista do Advogado* 71/15-25. Ano XXIII. São Paulo, AASP, agosto/2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- . "Equidade, razoabilidade e proporcionalidade". *Revista do Advogado* 78/27-30. Ano XXIV. São Paulo, AASP, setembro/2004.
- GUROVITZ, Hélio, e BLECHER, Nelson. "O estigma do lucro". *Revista Exame* n. 6, ed. 839/20-30. Ano XXXIX. São Paulo, Abril, 30.3.2005.
- HENTZ, Luiz Antônio Soares. "A teoria da empresa no novo direito de empresa". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085> (23.6.2003).
- (coord.). *Obrigações Empresariais*. Franca, UNESP, 1998.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21ª ed., trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1986.
- LANGE, Dílson França. "O direito de empresas no novo Código Civil". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3105> (23.6.2003).
- LOBO, Jorge. "A empresa: novo instituto jurídico". <http://www.femperj.org.br/artigos/comerc/com05.htm> (31.10.2003).
- LOBO, Roberto Haddock. *História Econômica Geral e do Brasil*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1973.
- MACHADO, Daniel Carneiro. "O novo Código Civil Brasileiro e a teoria da empresa". *Revista Jurídica Consulex* 128/31-33. Brasília, 15.5.2002.
- MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas de Direito Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1970.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed., 2 vols. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- MARTINS FILHO, Antônio. "Limitação da responsabilidade do comerciante individual". Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre* 1/284-338. Porto Alegre, URGs, 1951.
- MATIAS, João Luís Nogueira. "Lex Mercatoria e contratos comerciais internacionais". *Revista PGM* 8. Ano 7. 2000. Fortaleza, Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (<http://www.pgmfortaleza.ce.gov.br/artigos/vol8/art07.htm>, 10.10.2004).
- MATTOS NETO, Antônio José de. "O empresário à luz do novo Código Civil". *Revista do Advogado* 71/7-14. Ano XXIII. São Paulo, AASP, agosto/2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo, LEUD, 1983.
- . "O risco empresarial". *Usina de Letras*. <http://www.usinadeletras.com.br/exibetotexto.phtml?cod=4228&cat=Ensaio> (5.1.2004).
- . "Princípios e diretrizes do novo Código Civil". *Inovações do Novo Código Civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2004 (Arquivos Jurídicos do Centro Universitário Capital) (pp. 17-40).
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. "A Nova Execução da sentença civil. Mais Altera-

- ções". *Revista do Advogado* 81/60-63. Ano XXV. São Paulo, AASP, abril/2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1998.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- MOSSA, Lorenzo. *Derecho Mercantil*. vol. 1, trad. de Felipe J. Tena. Buenos Aires, Uteha, 1948.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 3ª ed., vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2003.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 35ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1997.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Empresa – Ordem econômica – Constituição". *RT* 758/16-22. São Paulo, Ed. RT, dezembro/1998.
- PAES, Paulo Roberto Tavares. *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001.
- PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. "A função social da empresa e o novo Código Civil". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763> (23.6.2003).
- PASSOS, Fernando. "Direito empresarial no novo Código Civil". São Paulo, Quartier Latin, 2003 (Arquivos Jurídicos do Centro Universitário Capital). (pp. 67-97).
- PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. "O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos". *Revista do Advogado* 78/53-60. Ano XXIV. São Paulo, AASP, setembro/2004.
- PENALVA SANTOS, Joaquim Antônio. *Direito Comercial: Estudos*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- PERIN JR., Ecio. "A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil face ao Projeto do novo Código Civil". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=518> (21.10.2004).
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. ts. I e V. Campinas/SP, Bookseller, 1999.
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1978.
- . "O novo Código Civil e seus críticos". <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm> (10.10.2004).
- (superv.). *Exposição de Motivos do Projeto do Código Civil*. vol. 5, t. 2. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1989.
- REQUIÃO, Rubens. *Aspectos Modernos de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1977.
- . *Curso de Direito Comercial*. 25ª ed., 2 vols. São Paulo, Saraiva, 2003.
- RIPERT, Georges. *Les Forces Créatrices du Droit*. Paris, LGDJ, 1955.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 1931.
- RODDICK, Anita. *Meu Jeito de Fazer Negócios*. Trad. de Sérgio Gonçalves. Rio de Janeiro, Campus, 2002.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. "A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual". *RDM* 119/94-108. Ano XXXIX. São Paulo, Malheiros Editores, julho-setembro/2000.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. "Direito empresarial público". *RDM* 43-112/9-23. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/1998.
- . *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- SEMINÁRIOS DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL. *I Seminário*. São Lourenço/MG, 26.4.2002. *Informativo Especial*. Belo Horizonte, TJMG/Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, dezembro/2002 (pp. 11-29).

- SILVA, Bruno Mattos e. "Conflito entre leis e tratados internacionais no direito privado e no direito tributário". <http://www.bruno-silva.adv.br/dir-int32.html> (10.10.2004).
- _____. *Curso Elementar de Direito Comercial*. São Paulo, Juarez de Oliveira Editor, 2001.
- SOUZA, Nali de Jesus. *Desenvolvimento Econômico*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1999.
- STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e "Lex Mercatoria"*. São Paulo, LTr, 1996.
- SZTAJN, Rachel. "Notas em matéria de empresa e sociedades empresárias no Código Civil". *Revista do Advogado* 71/93-98. Ano XXIII, São Paulo, AASP, agosto/2003.
- TADDEI, Marcelo Gazzzi. "O direito comercial e o novo Código Civil Brasileiro". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3004> (23.6.2003).
- TOMAZETTE, Marlon. "A teoria da empresa: o novo direito comercial". *Jus Navigandi*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899> (23.6.2003).
- VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. 10ª ed. Lisboa, Livraria Clássica, 1910.
- WALD, Arnoldo. "A introdução da *Lex Mercatoria* no Brasil e a criação de uma nova Dogmática". *RDM* 34-100/20-23. São Paulo, Ed. RT, outubro-dezembro/1995.