



PARTE 1

DIREITO MATERIAL EMPRESARIAL



CAPÍTULO 1

TEORIA GERAL DO DIREITO DE EMPRESA

1. ORIGENS DO DIREITO EMPRESARIAL

Marcado pela troca de bens, o comércio surge na Antiguidade, passando a desenvolver-se a passos largos e gerando importantes reflexos no campo jurídico.

Embora encontre suas raízes na Antiguidade, é na Idade Média que o comércio ganha densidade, notadamente a partir da formação das cidades no entorno dos feudos. Impulsionadas pela pujante atividade comercial, as cidades viriam rapidamente a converter-se em Estados, a partir dos quais despontaram as expedições marítimas que mudariam os contornos do mundo.

Ocorre que o desenvolvimento da atividade comercial não foi acompanhado paralelamente pela formação de um sistema normativo de cunho mercantil capaz de oferecer respostas às demandas decorrentes dessa nova realidade. É nesse ambiente de transformação que se forma o Direito Comercial, que, mais tarde, viria a ficar também conhecido como Direito Empresarial.

► Fases de formação do Direito Empresarial

São três as fases de formação do Direito Empresarial:

I. Fase das Corporações de Ofício

O primeiro período ou a primeira fase de formação do Direito Empresarial é marcado pela aglutinação dos comerciantes em torno das chamadas Corporações de Ofício, através das quais buscam tutelar satisfatória e adequadamente as suas atividades.

Marcado por forte subjetivismo, o Direito Comercial das Corporações tratava-se de um direito classista, visto que amparava unicamente a classe dos comerciantes inscritos nas Corporações e submetidos a regras comerciais por eles próprios estabelecidas. Assim, com as Corporações de Ofício, estava-se diante de normas feitas pelos e para os comerciantes.

Com o surgimento dos ideais do liberalismo, expressados por movimentos como a própria Revolução Francesa de 1789, que idealizava um sistema fundado em *liberté, égalité, fraternité*, não havia mais ambiente para a justiça classista das Corporações de Ofício – afinal, que igualdade havia naquele modelo? Ademais, outros segmentos da sociedade já vinham pressionando as Corporações, para que seus juízes também julgassem matérias de cunho não comercial.

II. Fase da Teoria dos Atos de Comércio

Surge então a segunda fase de formação do Direito Empresarial, conhecida como Fase da Teoria dos Atos de Comércio.

A segunda fase de formação do Direito Empresarial teve como principal protagonista o *Code de Commerce* francês, elaborado em 1808

pelos juristas de Napoleão Bonaparte. Com ele, houve o abandono do subjetivismo que marcou toda a primeira fase de formação do Direito Empresarial, o qual dá lugar à objetividade dos atos de comércio. A partir de então, as relações jurídicas de cunho mercantil não seriam mais definidas pela condição ou não de comerciante (elemento subjetivo), mas sim pela natureza dos atos praticados (elemento objetivo), a partir da consideração de rol taxativo apontado em lei. O diploma francês e sua Teoria dos Atos de Comércio viriam a se tornar referência em todo o mundo.

Mas onde fica o Brasil em todo esse contexto? No Brasil, mais especificamente em 1850, foi editado o nosso Código Comercial (Lei 556 de 25 de junho de 1850), inspirado exatamente na Teoria dos Atos de Comércio. Ele descrevia o comerciante como aquele que praticava mercancia, todavia sem defini-la. Assim, coube ao Regulamento 737, também de 1850, elencar quais os atos considerados de comércio (exemplo: compra e venda de imóveis, câmbio, operações de seguro, transporte de mercadorias, etc.), de modo que só seriam considerados atos de comércio, contando assim com a proteção das normas do diploma comercial pátrio, aqueles atos expressamente definidos como tal.

Sem embargo, por estar a Teoria dos Atos de Comércio dotada de um caráter estático, essa não era capaz de acompanhar a evolução da atividade mercantil, fato que representava um problema. Isso porque a complexidade da economia capitalista, marcada por elementos como a forte concorrência e a produção em escala, fazia surgir novas formas mercantis que, embora dotadas de feição comercial, estavam excluídas da proteção do Código Comercial brasileiro, haja vista não integrarem o rol taxativo (e estático) dos atos elencados na lei como atos de comércio. É o caso, por exemplo, das atividades de prestação de serviços em massa, as quais, ao não integrarem o rol do Regulamento 737, eram regidas por legislação comum, não desfrutando assim da mesma proteção conferida àqueles atos relacionados como atos de comércio pela legislação comercial.

Diante desse cenário, seguidas leis foram promulgadas com o objetivo de reconhecer o caráter comercial dessas novas relações mercantis, alargando assim o âmbito de atuação da legislação comercial. É o caso da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas, Lei das S/A

ou simplesmente LSA), da Lei 5.474/68 (Lei das Duplicatas), da Lei 7.357/85 (Lei do Cheque), da Lei 8.078/90 (CDC), da Lei 8.955/94 (Lei de Franquias), etc.

Mas, mesmo com a crescente alteração da legislação nacional, o Direito Comercial permaneceu por longo período vinculado à arcaica Teoria dos Atos de Comércio, não acompanhando assim as mudanças na matéria que vinham ocorrendo em todo o mundo.

III. Fase da Teoria da Empresa

Foi a Itália que, com a promulgação do seu *Codice Civile* de 1942, consagrou a terceira e última fase de formação do Direito Empresarial, até hoje vigente: a chamada Fase da Teoria da Empresa. De acordo com essa teoria, o amparo do Direito Comercial (ou Empresarial) não decorreria mais da condição ou não de comerciante (ou seja, do subjetivismo, como nas Corporações de Ofício); não dependeria mais da presença ou não do ato em uma lista (ou seja, do objetivismo, como na Teoria dos Atos de Comércio); mas sim da prática ou não da empresa (entenda-se empresa como sinônimo de atividade empresária).

A Teoria da Empresa teve a sua efetiva inserção no ordenamento nacional somente com o advento do Novo Código Civil (Lei 10.406/02), o qual derogou (revogou parcialmente) a primeira parte do Código Comercial de 1850. Atualmente, apenas a parte referente ao comércio marítimo continua vigente no Código Comercial de 1850.

2. AUTONOMIA DO DIREITO EMPRESARIAL

O simples fato de boa parte da disciplina Direito Empresarial encontrar-se regulada pelo Código Civil não implica dizer que houve perda da autonomia por aquele ramo do direito. O Direito Empresarial e o Direito Civil continuam sendo ramos autônomos do direito, haja vista contarem com regras, princípios e estrutura próprios.

Corroborando esse entendimento, a própria Carta Magna da República, ao expressar por meio do seu artigo 22, I:

*Art. 22. Compete privativamente a União legislar sobre:
I – direito civil, comercial,...*

Portanto, como se desprende de maneira clara da leitura do inciso primeiro do art. 22 acima, a própria Constituição Federal trata de forma individualizada os dois ramos do direito.

Nesse sentido, a lição do professor Alfredo Rocco:

Ora, que as normas concernentes ao comércio e as concernentes à vida civil estejam contidas em um ou em dois códigos não é coisa que tenha grande importância, sob o ponto de vista científico. O Direito Comercial poderia permanecer um Direito autônomo e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas de Direito Comercial e Civil estivessem contidas em um Código único.

Além do mais, como já dito, o Direito Empresarial possui características próprias que o distinguem de outros ramos do Direito (corroborando a sua autonomia), a exemplo do cosmopolitismo, da onerosidade e do informalismo.

3. FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

- ▶ **Diretas ou primárias:** são as leis empresariais – Novo Código Civil (Lei 10.406/02) e legislação esparsa [exemplo: Lei das S/A (Lei 6.404/76); CDC (Lei 8.078/90); Lei de Franquias (Lei 8.955/94); Lei do Cheque (Lei 7.357/85); Lei das Duplicatas (Lei 5.474/68); Lei de Recuperação de Empresas (Lei 11.101/05); Lei Uniforme de Genebra (Dec.-Lei 57.663/66); etc.].
- ▶ **Indiretas ou secundárias:** quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes ou princípios gerais do direito, nessa ordem de preferência. Portanto, as fontes secundárias exercem função complementar, a partir de técnica supletiva de normas, atuando assim no preenchimento

de eventuais lacunas nas fontes primárias, conforme ensina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei 4.657/42).

4. DO DIREITO DE EMPRESA

Conforme já mencionado, a partir do novo Código Civil, o Brasil adere à Teoria da Empresa, a qual está fundada na prática da atividade empresária. Nesse sentido, contam com a proteção das normas de natureza empresarial aqueles que praticam atividade empresária. Mas o que é atividade empresária?

O novo Código Civil, ao regular o Direito de Empresa entre os arts. 966 e 1.195, não cuidou de conceituar o que se deve entender por atividade empresária. Por outro lado, ele conceitua quem é o empresário, conforme exposto a seguir:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Ora, em que pese não tenha o legislador se debruçado sobre o conceito de atividade empresária, ao conceituar o empresário ele permite que, a partir deste, possamos inferir o conceito de atividade empresária, assim como, por exclusão, o conceito de atividade civil.

4.1. ATIVIDADE EMPRESÁRIA E ATIVIDADE CIVIL

► Atividade empresária

Como visto, diz o Código Civil: considera-se empresário quem exerce **profissionalmente** (1) **atividade econômica** (2) **organizada** (3) para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

- (1) Profissionalmente = com habitualidade;
- (2) Atividade econômica = atividade que visa lucro;
- (3) Organizada = que reúne os fatores de produção.

Portanto, para a caracterização do empresário, é preciso que estejam presentes os três elementos extraídos do *caput* do art. 966 da Lei 10.406/02, quais sejam: habitualidade, busca pelo lucro e a organização dos fatores de produção.

Antes de mais nada, é importante destacar que sócio não é o mesmo que empresário, pois, quando pessoas físicas (naturais) reúnem forças para, em sociedade, explorarem uma atividade empresária, elas não se tornam empresários. Na verdade, é a sociedade, dotada de personalidade jurídica própria, que será o empresário.

Quanto à habitualidade, essa refere-se ao fato de que, para ser empresário, deve exercer-se a atividade de forma reiterada. O exercício da atividade em caráter eventual descaracteriza o empresário.

A busca pelo lucro, por sua vez, consiste no elo que converte os empresários em um só povo (nivelados pelo *animus* de lucro), afinal, para ser empresário, deve desenvolver-se atividade econômica, ou seja, deve buscar-se o lucro.

➔ ATENÇÃO!

Todo empresário visa lucro, mas nem todo aquele que visa lucro é empresário.

A organização também é um dos fatores essenciais para identificar aquele que exerce atividade empresária. Logo, para ser empresário, deve explorar-se a atividade de forma organizada, sendo dita organização aferida a partir da presença ou não dos chamados fatores de produção. São eles: capital, insumos, mão de obra e tecnologia.

Caso prático:

Dona Maria Eduarda, demitida após 20 anos de trabalho em uma grande indústria de confecções, utilizando as verbas rescisórias,

resolve comprar uma máquina de costura e diversas tonalidades de tecido e aviamentos para, trabalhando sozinha, atender a pedidos de sua vizinhança. Considerando que Dona Maria Eduarda está atuando, com habitualidade, há mais de cinco anos nessa atividade, a qual, ao complementar sua aposentadoria, permite que ela pague a graduação em direito de sua neta, responda: Dona Maria Eduarda é empresária?

Para responder à questão, devemos antes responder as seguintes interrogantes:

1. A atividade em questão é exercida com profissionalidade? **R:** Sim, afinal, a atividade é exercida com habitualidade (há mais de cinco anos);
2. A atividade exercida por Dona Maria Eduarda é uma atividade econômica? **R:** Sim. Não há filantropia na atividade desenvolvida por ela. Inclusive, ela paga a graduação da neta com os recursos que aufera da atividade. Ela visa lucro.
3. Trata-se de uma atividade organizada? **R:** Aqui, deve ser verificada a presença ou não dos chamados fatores de produção:
 - i. Capital: Dona Maria Eduarda contava com capital para o desenvolvimento da atividade (verbas rescisórias). Portanto, há capital;
 - ii. Insumos: Dona Maria Eduarda também contava com Insumos (tecidos e aviamentos);
 - iii. Tecnologia: Dona Maria Eduarda também detinha a tecnologia, ou seja, ela possuía a técnica necessária para exploração da atividade, afinal, trabalhou durante longo período em uma grande indústria de confecções, o que nos faz intuir que conhecia do ofício;
 - iv. Mão de obra: Dona Maria Eduarda, segundo o problema proposto, atuava sem o concurso de prepostos (empregados ou prestadores de serviço), exercendo a atividade, portanto, sozinha.

Conclusão do caso prático:

Considerando não estarem presentes todos os fatores de produção (ausência da mão de obra), a atividade não era exercida de forma