

Fabio Guimarães Bensoussan  
Fernando Netto Boiteux

*Manual de*  
**DIREITO**  
**EMPRESARIAL**

2018

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO I

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO EMPRESARIAL

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Egito e Mesopotâmia – 3. Grécia e Roma – 4. A queda do Império Romano e a Idade Média – 5. Evolução histórica – do direito comercial para o direito empresarial: 5.1. Primeira fase (subjetiva) – o direito do comerciante; 5.2. Segunda fase (objetiva) – o direito do ato de comércio; 5.3. Terceira fase – A teoria da empresa; 5.4. A evolução do direito empresarial no Brasil.

## 1. INTRODUÇÃO

Iniciamos nosso Manual de Direito Empresarial com algumas palavras sobre a origem e a evolução histórica desse ramo do direito. O estudo da história do direito não obedece a uma necessidade de conhecer melhor o passado; destina-se a ampliar a consciência do presente<sup>1</sup>, até porque muitos institutos atuais permanecerão incompreensíveis sem a memória de sua origem histórica.

Ao longo dos próximos capítulos, teremos oportunidade de demonstrar essa afirmação, ao tratarmos, por exemplo, dos diversos tipos de sociedades empresárias ou dos títulos de crédito.

É certo que o comércio é praticado desde a Antiguidade. A partir do momento em que as sociedades ultrapassaram a etapa de produzir para sua mera subsistência e passaram a obter excedentes, surge a prática das trocas de produtos e, com ela, a necessidade de se regular estas mesmas trocas. O comércio nasce pelo escambo, pela troca de bens que interessam ao outro.

## 2. EGITO E MESOPOTÂMIA

Os primeiros textos jurídicos escritos foram encontrados no Egito e na Mesopotâmia, cerca de 3.000 anos antes da nossa era, com a diferença de que o Egito não nos transmitiu códigos nem livros jurídicos, ao contrário dos mesopotâmios.

Os hebreus, situados entre o Egito e a Mesopotâmia não atingiram o mesmo grau de desenvolvimento dos seus vizinhos, mas nos legaram os preceitos morais e jurídicos da Bíblia.

---

1. GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Tradução de Joaquín Bisbal. 2ª ed., Barcelona: Laia, 1987, p. 5.

O Código de Hamurabi, por exemplo, de cerca de 1600 anos antes de Cristo, continha normas sobre o contrato de sociedade e juros, entre outras, prevendo o pagamento de juros sobre o capital empregado, além da partilha dos lucros, de maneira semelhante à das futuras sociedades em comandita<sup>2</sup>.

Nessa parte, ele se revelará mais avançado que o direito romano, pois este não previa empréstimos para a atividade produtiva.

### 3. GRÉCIA E ROMA

A atividade empreendedora na Grécia e na Roma antigas não está bem documentada, mas Menezes Cordeiro assinala a existência de um corpo separado de regras comerciais na Grécia antiga, um tanto assemelhadas às regras do atual direito comercial, que visavam o tráfego marítimo e terrestre e dispunham de tribunais especializados para a sua aplicação, ao contrário do que ocorreria em Roma<sup>3</sup>.

A lei ateniense, por seu turno, dividiu o ano em duas estações: uma navegável, entre março e agosto, e outra não navegável. Nesta última eram apresentados e decididos os litígios originados na primeira. É também na Grécia que surgem alguns contratos que, mais tarde, serão trazidos para o direito comercial, como o contrato de câmbio marítimo.

As contribuições gregas são notáveis: a *Lex Rhodia*, primeira lei comercial de que se tem notícia, uma compilação de costumes do comércio marítimo, inspirada nas normas adotadas pelos fenícios e posteriormente por Roma, e ainda em vigência durante a Idade Média. Referia-se ao corpo do direito marítimo consuetudinário do Mediterrâneo. As despesas e o tempo exigidos pelo comércio marítimo exigiam algum arranjo formal, por ser evidente o perigo para investidores e credores, de que o comandante do navio desaparecesse.

Apesar da grande pujança do comércio, interno e externo, em Roma, sobretudo na época imperial, não houve necessidade de se criar um conjunto de normas específicas para regular essa atividade econômica<sup>4</sup>. O sistema do direito privado comum era apto para tanto, graças à flexibilidade trazida pelas normas de origem pretoriana (*jus honorarium*)<sup>5</sup> ao tradicional *jus civile*, bem como à aplicação de princípios e regras do direito internacional (*jus gentium*) no que tange ao comércio.

À medida em que o estado romano se expandia, conquistando cada vez mais territórios, tornando-se cada vez mais rico e poderoso, sua agricultura declinava. A península itálica ficou cada vez mais dependente dos alimentos vindos de suas províncias.

2. BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 10ª ed., Petrópolis: Vozes, 2003, p. 24-25.

3. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2001, p. 25-26.

4. ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Tradução de Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1964, p. 31. GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Tradução de Joaquín Bisbal. 2ª ed., Barcelona: Laia, 1987, p. 32.

5. O conjunto de normas de origem pretoriana era denominado *ius honorarium* ou *pretorium*.

A expansão territorial não a tornou uma potência comercial. Roma consumia o que as províncias produziam; os romanos desprezavam a atividade comercial em si. Havia leis que proibiam determinadas pessoas de se dedicarem a esta atividade (os senadores estavam impedidos de praticar o comércio marítimo, por exemplo, de maneira que o seu envolvimento em atividades lucrativas não se encontram documentado<sup>6</sup>). As atividades da cidade eram dominadas pelos não romanos – nas províncias, eles eram os produtores, e em Roma, os comerciantes que garantiam o acesso a esses bens. Eram os estrangeiros – os *gentios* – quem efetivamente exerciam a atividade comercial.

Havia três categorias de romanos livres: os cidadãos, os latinos e os *peregrini*. Os primeiros gozavam de todos os direitos de cidadão – o *ius civile*. Este era o direito aplicado apenas aos cidadãos. Incluía o chamado *conubium*, o direito de casar com um romano e constituir uma família, e o *commercium*, direito de receber e transmitir uma propriedade de acordo com o *ius civile*. Os latinos, originalmente aqueles habitantes do Lácio, eram todos aqueles com direitos limitados de cidadania, às vezes incluindo o *conubium* e o *commercium* mas, normalmente, apenas este último. Por fim, os *peregrini*, os estrangeiros. Estavam à margem do *ius civile*. Mas havia o chamado *ius gentium*, o direito que era aplicado aos estrangeiros dentro dos limites territoriais romanos.

O *ius gentium* acabou sendo aplicado aos comerciantes, predominantemente estrangeiros. Era aplicado pelo pretor. Logo, já em Roma, havia um sistema jurídico próprio aplicado ao comerciante, à parte do *ius civile*, que regulava as relações jurídica entre os cidadãos romanos.

Um exemplo da incompatibilidade do direito romano com a prática comercial é a ideia do crédito ligado à pessoa do credor – o direito creditório não podia ser transferido diretamente da pessoa que o constituía em seu favor para um terceiro, uma vez que a obrigação importava em uma relação jurídica entre pessoas determinadas<sup>7</sup>. Logo, o direito romano jamais cogitou em algo semelhante aos títulos de crédito, construção originariamente medieval.

#### 4. A QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO E A IDADE MÉDIA

Com a queda do Império Romano do Ocidente, como sistema centralizado de governo e como sistema administrativo, no século V, por consequência das denominadas “invasões bárbaras” em toda a Europa Ocidental, houve o declínio da vida urbana e a concentração da população nas áreas rurais; a atividade comercial praticamente cessou e a produção agrícola se destinava, essencialmente, à subsistência.

---

6. HUDSON, Michael. Empreendedores: da ascensão do Oriente Próximo à queda do Império Romano. In: LANDES, David; MOKYR, Joel; BAUMOL, William J. *A origem das corporações: da ascensão do Oriente Médio à queda do império romano*. Tradução de Donaldson Garschagen. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

7. SOUZA, H. Inglez, citado por AMARAL, José Romeu Garcia do. *Regime jurídico das debêntures*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 14.

Essas invasões provocaram o deslocamento maciço de populações. Ademais, a partir do século VIII, os árabes passaram a dominar toda a bacia do Mediterrâneo, reduzindo em muito o comércio internacional dos povos europeus, ainda que ele não tenha desaparecido.

Nessa economia fechada característica da denominada Alta Idade Média (séculos V a X) continuou a existir um comércio local, para atender às necessidades básicas da população, pois o sal, por exemplo, só se encontra em certas regiões. No entanto, esse comércio não representava uma atividade profissional<sup>8</sup>.

O comércio começa a se desenvolver na Itália, a partir do século XI (o período entre os séculos XI a XV é denominado Baixa Idade Média), quando a reconquista do Mediterrâneo aos árabes permitiu o restabelecimento do comércio europeu com os territórios asiáticos e africanos. O direito romano, abolido entre os séculos V a X, foi retomado após a criação das universidades, mas havia perdido a flexibilidade da sua aplicação pelos pretores e sua interpretação tornou-se difícil. Por essa e outras razões ele já não tinha condições de reger a vida comercial.

Os comerciantes criaram e aperfeiçoaram, por via consuetudinária, normas próprias para reger sua profissão e seus interesses: em parte elas retomam o direito romano, mas também buscam corresponder às novas necessidades da vida econômica e social<sup>9</sup>. Esse conjunto de regras compôs o *jus mercatorum*, que assim é não só porque regulava a atividade dos mercadores, mas também, por ser direito criado por eles, nascido dos estatutos das corporações mercantis, do costume mercantil e da jurisprudência do tribunal dos comerciantes, criado e aplicado diretamente por eles, sem mediação da sociedade política<sup>10</sup>.

As feiras de Champagne, a partir de meados do século XII, se distinguem dos mercados locais, destinados a prover a alimentação cotidiana, por serem centros de reunião de mercadores profissionais, razão pela qual nelas multiplicam-se os cambistas e os banqueiros.

O surgimento do capitalismo, como sistema econômico e modo de vida social, se revela exteriormente na busca do lucro e na concentração da riqueza para a produção e o comércio, ao invés do seu uso com o objetivo de prestígio ou luxo, como ocorria na Grécia e Roma antigas. A sociedade de classes, ou capitalista, significa que as pessoas têm status igual, isto é, igual capacidade e posição jurídica na esfera civil, distinguindo-se entre si, unicamente, pela posição econômica<sup>11</sup>.

8. PIRENNE, Henri. *História econômica e social da Idade Média*. 4ª ed. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 15, afirma: “improvisa-se, por assim dizer, o mercador, de acordo com as circunstâncias”.

9. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. Vol. 1, Coimbra: Almedina, 2001, p. 29-30.

10. GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Tradução de Joaquín Bisbal. 2ª ed., Barcelona: Laia, 1987, p. 11.

11. Designa-se *estado* em direito (*status*) a situação jurídica de uma pessoa em determinada coletividade, situação essa caracterizada por direitos e poderes, de um lado, deveres e responsabilidades, de outro. Nas palavras de ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*,

## 5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA – DO DIREITO COMERCIAL PARA O DIREITO EMPRESARIAL

### 5.1. Primeira fase (subjéitiva) – o direito do comerciante

O Direito Comercial surge propriamente na Baixa Idade Média. É nesse momento de aumento da segurança com o fim das invasões que se observa o renascimento urbano e, com ele, o surgimento de feiras medievais. Novas técnicas agrícolas permitem um aumento de produção, que agora gerava excedentes passíveis de trocas. A classe dos comerciantes coexiste com a nobreza feudal e com uma massa de trabalhadores manuais que deixa, paulatinamente, sua condição servil para a de artesãos livres.

Esses fatores serão fundamentais para que os comerciantes medievais superem sua atividade originária de meros intermediários, na qual eles percorriam os diversos feudos, comprando produtos excedentes em um para revendê-los em outro. Eles deixam de apenas adquirir produtos excedentes a baixo custo para revendê-los por preços mais altos onde houvesse demanda, para se tornarem verdadeiros promotores da produção de artesãos locais.

Com o crescimento dessa atividade, os comerciantes passam a dividir as cidades com os artesãos e progressivamente deixam de acompanhar pessoalmente as mercadorias por eles negociadas: começam a se utilizar de empregados ou auxiliares – e logo surgiram técnicas de representação e comissão.

O comércio se torna, então, uma atividade poderosa, que não encontrava tratamento jurídico adequado ao seu desenvolvimento. O direito romano era essencialmente formalista e regulava atos isolados, ao passo que a atividade comercial se desenvolvia de tal forma que em um mesmo dia se realizavam múltiplas operações entre pessoas provenientes de diversos lugares.

Duas outras questões consistiam em óbices ao desenvolvimento da atividade mercantil: em primeiro lugar, é importante lembrar que o poder político ainda se encontrava pulverizado nos diversos feudos e burgos. Consequentemente, havia também uma pluralidade de normas, muitas vezes incompatíveis entre si, criando empecilhos ao comércio.

Havia ainda um outro obstáculo à atividade mercantil: o domínio do Direito Canônico, em uma sociedade que ainda desconhecia qualquer poder político unificado além da Igreja Católica de Roma. O Direito Canônico não admitia o lucro e a usura. Essa proibição será contornada, posteriormente, com a criação de diversos tipos societários, como veremos no capítulo próprio.

Identifica-se aqui o surgimento de um regime jurídico específico para a disciplina das relações mercantis. A ausência de um marco jurídico adequado para resolver os

---

São Paulo, Saraiva, 1945, p. 364, nota 77, o termo é utilizado “para indicar o pressuposto comum a uma multiplicidade de obrigações e direitos de um sujeito, à vista de sua participação a uma coletividade, embora assente na vontade dele”.

conflitos decorrentes da atividade comercial levou os comerciantes medievais a se organizar em associações de acordo com o trabalho por eles desenvolvido. Surge um direito novo, ágil, aplicável aos comerciantes no exercício de sua profissão, que se conhece por *jus mercatorum*; um direito de produção autônoma, feito por e para os comerciantes.

A expressão *jus mercatorum* é explicada por Francesco Galgano como, mais do que um ramo especial do direito, uma forma especial de criar direito: justifica-se pelo fato de ter sido criado pela classe mercantil, mas, também, porque regulava a atividade do comerciante.

Os comerciantes e artesãos se agrupavam nas chamadas Corporações de Ofício, ou guildas, que, à falta de uma centralização política, passaram a formular normas e consolidar costumes observados nas práticas comerciais, que aplicavam aos seus próprios membros, por meio dos tribunais consulares. O ingresso em uma corporação era feito através de um juramento (*matricula*, precedente remoto do que viria a ser o registro de empresas) em que o comerciante se comprometia a observar os estatutos, obedecer aos cônsules e adotar uma postura ordeira. A *matricula* lhes conferia a proteção da corporação – como hoje o registro garante direitos ao empresário, que se torna um empresário regular<sup>12</sup>.

Em um mundo ainda politicamente pulverizado, antes da formação dos Estados Nacionais, a conquista de uma jurisdição própria, conhecedora do direito dos negócios, era um dos objetivos dos comerciantes. Estes tribunais, originariamente temporários, tornam-se permanentes, e através de suas decisões, exercem papel decisivo na fixação e consolidação desse então novo ramo do direito, cosmopolita.

Temos aqui a chamada **primeira fase do direito comercial, ou fase subjetiva**. O direito comercial é um direito “especial”, diverso do chamado direito comum e aplicado aos membros das corporações – ao comerciante. Um **direito de classe**. Na lição de Fábio Ulhôa Coelho, o direito comercial é resultante da autonomia corporativa, e se aplica somente aos comerciantes associados à corporação<sup>13</sup>. Um direito **essencialmente costumeiro ou consuetudinário**. Era ditado essencialmente pelas necessidades da prática e da eficácia comercial nos mercados de bens e de dinheiro, nas feiras de comércio, corporações, operações bancárias e instrumentos de seguro e de crédito.

---

12. Sobre a organização comercial medieval: “Durante grande parte da Idade Média, as associações denominadas guildas eram a forma mais importante de organização comercial. A palavra (que deriva do verbo saxônico *gildan*, pagar) designava uma entidade que tipicamente gozava do monopólio comercial dentro das muralhas de uma cidade em troca de doações substanciais de dinheiro ao soberano. Seus membros estabeleciam os padrões de qualidade, treinavam os associados, nomeavam os notários e os corretores, administravam obras de caridade, construíram magníficos edifícios que duraram até os dias de hoje e impunham punições. Em Londres, quem cumprisse um aprendizado de sete anos em uma das guildas reconhecidas podia tornar-se oficial daquela profissão, e em certos casos até mesmo cidadão de pleno direito, o que acarretava a isenção de recrutamento militar MICKLETHWAIT, John e WOOLDRIDGE, Adrian. *Companhia*. Breve história de uma ideia revolucionária. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 41.

13. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial. Vol. 1: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29.

Esses estatutos – o direito comercial nascente – eram aplicados apenas aos membros das respectivas corporações, situação que começou a mudar com a própria evolução do comércio. Surgia a necessidade de aplicação dos estatutos e dos tribunais consulares além da sua jurisdição original, alcançando pessoas que não se dedicavam ao comércio profissionalmente, mas que haviam ingressado em uma relação jurídica com um comerciante.

São inúmeros os exemplos de consolidação de costumes mercantis, como o *Consulato del Mare*, do século X, o *Constitutum usus*, de Pisa (1161), o *Ordinamenta et consuetudo maris*, de Trani (1063), entre outros.

O *jus mercatorum* é um direito imposto por uma classe, sem mediação direta da sociedade política – o não comerciante ou o estrangeiro que não se submetesse à competência dos tribunais consulares perdia toda e qualquer possibilidade de comerciar com a corporação no futuro, perdendo, portanto, acesso a mercados.

Por volta do século XVI, as cidades italianas perdem a primazia econômica e política diante dos processos de formação dos Estados Nacionais europeus. A centralização política acarreta a unificação das normas jurídicas sobre as atividades econômicas. Assim, o monarca passa a submeter todos os súditos à Lei Nacional – e entre os súditos incluem-se os comerciantes. Além disso, com a queda de Constantinopla para os turcos, fecha-se o caminho terrestre para o Oriente, e os novos Estados Nacionais atlânticos iniciam a busca por novas rotas marítimas, que irão culminar com o início da expansão colonialista. Surge a ideia de mercados nacionais.

As corporações de ofício perdem poder político. Os estatutos das corporações necessitavam da aprovação real para se tornarem válidos – o Estado já não mais aceita uma organização privada com competência jurisdicional concorrente. Nesse momento, observa-se a **transferência da preponderância do poder para os Estados nacionais**. Muitos autores deixam de identificar esta etapa da evolução histórica, passando da “fase subjetiva” diretamente para a fase objetiva dos atos de comércio, o que nos parece equivocado por ignorar uma questão tão relevante como a fonte de produção deste ramo do direito.

Esta mudança é importante: **a fonte do direito comercial, na sua origem de cunho privado, passa agora a ser essencialmente pública**. As grandes companhias coloniais surgem como iniciativas estatais para a obtenção de recursos privados para o financiamento da expansão marítima, e estão na origem das sociedades anônimas. O direito comercial tem seu centro de produção deslocado das cidades italianas para, principalmente, França e Inglaterra.

A classe burguesa se alia ao rei contra os senhores feudais. Nesse momento, **o *jus mercatorum* é estatizado e nacionalizado**. Em troca dessa aliança, o rei outorga a liberdade de comércio a todos aqueles que se registram na corporação e se submetem às disposições por ele estabelecidas por meio das Ordenações.

Assim, entre os séculos XVI e XVIII, observa-se um direito comercial ainda subjetivista, mas agora um **direito essencialmente estatal**. Na Espanha, surgem as Ordenações de Sevilha (1510) e de Bilbao (1737), leis impostas pelo Rei mas cujo conteúdo era basicamente formado pelas normas estabelecidas originariamente pelas corporações.



## 5.2. Segunda fase (objetiva) – o direito do ato de comércio

A Revolução Francesa extinguiu as corporações de ofício (Lei Chapelier, sob o fundamento de que representavam o sistema de castas contrário à igualdade de todos os cidadãos), o que tornava difícil a identificação da figura do comerciante para a definição do âmbito de incidência do direito comercial. Estava superada a fase subjetiva. Mas é no início do século XIX, com o Código Civil francês de 1804 (Código Napoleão) e o Código do Comércio de 1807, que surge a chamada **segunda fase do direito comercial, a fase objetiva**. A existência dos dois Códigos levou à perda de unidade do direito privado e à necessidade de se estabelecer, de forma clara, critérios para delimitar a abrangência do Direito Civil e do Direito Comercial:

Orientado pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, proclamado pela Revolução Francesa, o Direito Comercial não podia mais oferecer uma tutela a sujeitos diferenciados, privilegiados, mas sim ser liberado em atenção a um critério objetivo, sem levar em conta as qualidades dos sujeitos envolvidos nas relações de comércio. Passa-se a um período objetivo (ou, como querem alguns, período subjetivo moderno), em que o então Direito dos comerciantes substitui-se pelo Direito dos atos de comércio<sup>14</sup>.

Surge, então, a **teoria dos atos do comércio**. O direito comercial permanecia direito estatal, mas passava a ser aplicado a uma determinada categoria de atos que apresentavam uma característica comum: a intermediação para a troca; o direito civil regeria todos os demais.

Isso justificava a exclusão, por exemplo, da atividade agrícola, que era basicamente uma atividade de produção. A exclusão dos negócios imobiliários, por sua vez, era justificada pela noção de que os atos de comércio promoviam a circulação física de mercadorias (coisas móveis)<sup>15</sup>.

Essa opção do legislador permitiu que se submetessem os atos de comércio a uma legislação mais adaptável às exigências do comércio, bem como a uma jurisdição mais ágil e especializada, os tribunais do comércio.

Mas não se pode esquecer que o direito comercial se desenvolveu mais a partir de considerações históricas do que lógicas: aquilo que se considera atividade econômica varia através dos tempos<sup>16</sup>. Duzentos anos atrás, fazia sentido assegurar para os negócios imobiliários ou rurais a proteção da estabilidade do direito civil; hoje, o campo de aplicação do direito comercial vem se ampliando progressivamente. Portanto, criticar a antiga redação do Código Comercial francês, ou do nosso, com os olhos na realidade atual, em nada auxilia a compreensão do desenvolvimento desse ramo do direito.

14. FÉRES, Marcelo Andrade. “Empresa e empresário: do Código Civil italiano ao novo Código Civil brasileiro”. In: VIANA, Frederico Rodrigues (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

15. BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 29.

16. GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. vol. I, Padova: Cedam, 1977, p. 124-125.

Nos termos do Código do Comércio de 1807, “são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual”. Mas há também um aspecto subjetivo – quando se faz referência à habitualidade. É importante não ignorar esta circunstância. É a habitualidade que leva à questão dos negócios realizados entre comerciantes e não comerciantes e à problemática da definição da jurisdição – qual o tribunal competente para resolver estes conflitos?

Em outras palavras, se os códigos civil e comercial tinham seus respectivos âmbitos de incidência em função do sujeito, o conflito era inevitável: como tratar aqueles atos praticados entre comerciantes e não comerciantes? Na França estes atos eram submetidos ao tribunal civil, solução diversa da adotada por países como a Alemanha, que aplicava o direito comercial aos atos de comércio ainda que praticados entre comerciantes e não comerciantes.

A Revolução Industrial e o surgimento de uma economia de massa tornaram essa questão ainda mais sensível. O comerciante que, no final da Idade Média, era um ambulante, e que depois, ao se estabelecer na cidade, tornou-se promotor do processo produtivo, era agora parte desse mesmo processo. A produção se torna uniforme e em série, chegando ao mercado uma grande quantidade de bens e serviços. As relações entre comerciantes e não comerciantes alcançam uma importância até então desconhecida, as transações ocorrem também em escala e requerem maior agilidade.

Neste momento, assistimos à preponderância do liberalismo econômico. Surgido na Inglaterra no século XVIII, espalhando-se por outros países como França, Holanda e Alemanha, tem como referência teórica Adam Smith, autor de *A riqueza das Nações*. As forças econômicas encontram por si o equilíbrio necessário (as chamadas “mão invisível” e “leis naturais” do mercado), de modo que os agentes privados gozam de ampla liberdade de atuação.

Assim, na França, ao lado das sociedades anônimas que, desde o Código de Comércio, necessitavam de autorização governamental, surgem as comanditas por ações, onde os sócios administradores eram responsáveis ilimitada e subsidiariamente pelas obrigações sociais – mas os não administradores gozavam de limitação da responsabilidade. Isso permitiu sua total liberdade de constituição e funcionamento, exigindo-se apenas o registro. Em 1867 foi estabelecida a plena liberdade para as sociedades comerciais, incluindo as grandes sociedades anônimas.

A querela sobre a unificação do direito privado se iniciou no final do século XIX, com a defesa feita por Vivante da oportunidade de reunir o direito comercial e o civil em um só Código. Posteriormente o autor mudou de opinião reconhecendo a diversidade de cada um desses ramos do direito<sup>17</sup>. Seguiu-se, àquela defesa da unificação, o Código Suíço das Obrigações de 1911, que não foi imitado pelos Códigos imediatamente posteriores, com a exceção do Código Civil de 1942, na Itália.

17. VIVANTE, Cesare. Os comerciantes. Tradução de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, nº 102, abr./jun. 1996, p. 134.

A Itália, com o Código Civil de 1942, se destacará do contexto europeu, ao unificar o direito das obrigações, perdendo o direito comercial sua autonomia legislativa.

Posteriormente, o Código Civil holandês de 1991, a última codificação europeia do século XX, também procedeu à unificação do direito privado.

No entanto, mesmo nos países em que se propôs uma unificação legislativa do direito privado, ninguém duvida que, a par de regras e princípios comuns a todo o direito privado, há normas e institutos próprios de um direito regulador da atividade comercial.

### 5.3. Terceira fase – A teoria da empresa

O Código Civil italiano de 1942 é considerado o grande marco na adoção legislativa da chamada teoria da empresa, pois a noção de empresário contida no seu artigo 2.082 abrange tanto a atividade econômica organizada para a produção quanto aquela voltada para a troca de bens e serviços. Passam a ser considerados empresários tanto o produtor quanto o intermediário. Mas esse Código não oferece um conceito de empresa, o mesmo ocorrendo com nosso atual Código Civil.

E, assim, a evolução do direito comercial atinge sua **terceira fase**, chamada por alguns de fase **subjéctiva moderna: o direito comercial como direito da empresa**. Sua base é a adoção da teoria da empresa. Ao adotar a teoria da empresa, o direito comercial não mais se limita a regular alguns atos, mas alcança toda uma forma de exercício da atividade econômica, a forma empresarial. Qualquer atividade econômica assim exercida estará submetida à disciplina do direito comercial (empresarial).

Mas, **o que é empresa?**

Vivante via na empresa um organismo econômico que, sob o seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado à troca. A combinação dos fatores – natural, capital e trabalho – que associados produzem resultados impossíveis de serem alcançados individualmente, e o risco, que o empresário assume ao produzir uma nova riqueza são requisitos indispensáveis a toda empresa.

Para Alberto Asquini, um dos expoentes da teoria da empresa, trata-se de um fenómeno econômico. Desenvolveu a chamada Teoria Poliédrica da empresa, identificando quatro perfis distintos:

- a) Perfil subjéctivo – diz respeito à pessoa que exerce a atividade, pessoa física ou jurídica, o **empresário**; de acordo com o Código italiano, quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada com o fim da produção e da troca de bens ou serviços.
- b) Perfil objéctivo – a empresa é um conjunto de bens afetados ao exercício de uma atividade econômica. Adquire contornos de **estabelecimento**;
- c) Perfil funcional – a empresa é uma atividade econômica organizada, os atos que compõem a vida empresarial; **atividade (empresa) econômica organizada**;

- d) Perfil corporativo ou institucional – a empresa reúne o empresário e seus auxiliares – incluindo os empregados.

Aqui, cabe uma consideração: como bem destaca Fábio Ulhôa Coelho, o Código Civil italiano de 1942 reúne as normas de direito privado englobando os direitos civil, comercial e trabalhista. No Brasil, Waldírio Bulgarelli afasta o quarto aspecto, que associa ao fascismo italiano, e conceitua empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”<sup>18</sup>. Daí se dizer que, no Brasil, são reconhecidos apenas os três primeiros perfis.

Os perfis de Asquini apresentam para nós três conceitos: atividade, empresário e estabelecimento empresarial. Por outro lado, é comum falarmos que *o empresário X abriu uma nova empresa; a empresa X acaba de ser vendida* etc. Há impropriedades terminológicas que devem ser afastadas pelo profissional do direito. São noções complementares, claro, mas inconfundíveis:

Assim, **empresa é uma atividade econômica organizada**. Não “abrimos” uma empresa; *exercemos* a atividade empresarial – exercemos a empresa.

Quem a exerce? O **empresário**. Portanto, de um modo geral, só podemos cogitar de uma pessoa física naqueles casos específicos de empresário individual. Do contrário, estaremos tratando de um dos seus sócios. Empresário, no mais das vezes, é a sociedade empresária, seja ela limitada, sociedade anônima ou qualquer outra, prevista no Código Civil.

Neste sentido, **não será a empresa vendida, mas sim seu estabelecimento empresarial**. Vendido será o conjunto de bens, materiais e imateriais, que viabilizam o exercício, pelo empresário, da atividade economicamente organizada.

Vimos que, a rigor, a enumeração dos atos de comércio pelo Decreto 737 tinha uma função essencialmente de delimitação da competência dos tribunais de comércio que, todavia, foram extintos em 1875. O fato é que a teoria da empresa já vinha sendo adotada pelo direito brasileiro de forma pontual, há muito tempo, a despeito do Código Comercial somente ter sido (parcialmente) revogado em 2002. Vejamos alguns exemplos:

A **Lei 6.404/76** (Lei das Sociedades Anônimas) considera a S.A. empresária, independentemente de seu objeto (observe-se que o Decreto 434 de 1891, que tratava deste tipo societário, já dispunha de forma semelhante). Logo, já está levando em consideração a forma como a atividade econômica é desempenhada por estas pessoas jurídicas de direito privado.

A **Consolidação das Leis do Trabalho**, em seu art. 2º, afirma: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Ou seja, a empresa

18. BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 1995, p.100.

surge enquanto atividade econômica e enquanto entidade responsável pelos riscos dessa atividade econômica<sup>19</sup>.

A antiga lei da concorrência – **Lei nº 4.137/62** – estabelecia, em seu art. 6º, o seguinte: “Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fim lucrativo”. Significa reconhecer que, já na década de 1960, para os fins específicos da lei, considerava-se a ampliação do conceito de empresa para as atividades civis (“não-comerciais”). Para fins de aplicação do direito concorrencial, suprimia-se a então vigente distinção entre atos de comércio e atos civis<sup>20</sup>.

A **Lei 8.245/91** – Lei das Locações – ampliou o alcance da ação renovatória, instrumento de proteção do ponto comercial, para a indústria e sociedades civis, privilegiando a forma de organização dos fatores de produção, abandonando a separação entre atividades mercantis e civis da teoria dos atos de comércio.

O **Código de Defesa do Consumidor** também adotou a teoria da empresa. Em seu art. 3º, define o fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ele elegeu como definidor de fornecedor a atividade econômica – a produção, a importação, a distribuição. Não há qualquer norma que limite sua aplicação aos chamados atos de comércio, ou que afaste sua incidência das então sociedades civis.

A jurisprudência também já demonstrava sua insatisfação com a teoria dos atos de comércio e sua simpatia com a teoria da empresa. Decisões de primeira instância concediam concordata a pecuaristas – a concordata era instituto típico do regime jurídico comercial, e estava, portanto, sendo aplicado a não-comerciantes (uma vez que a atividade rural não constava do rol dos atos de comércio)<sup>21</sup>.

Mas é inegável que o **Código Civil de 2002** trouxe novos contornos, ao adotar a teoria da empresa. Promoveu formalmente a **unificação do direito privado brasileiro**. Importa observar que, nos termos do art. 2.045, foi expressa a **revogação da Parte Primeira do Código Comercial de 1850** – de forma que as disposições referentes ao Comércio Marítimo permanecem em vigor.

Abandonou, definitivamente, o critério dos atos de comércio e a definição de comerciante, ainda que não tenha definido empresa. Temos, a partir de então, que o

19. ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 143. Brasília: Senado, jul/set 1999.

20. ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 143. Brasília: Senado, jul/set 1999.

21. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial. Vol. 1: Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, nos termos do art. 966 do Código Civil.

Ao romper com o sistema anterior, o art. 966 levou à extinção da antiga divisão existente entre as sociedades comerciais (que exerciam a mercancia e praticavam os atos de comércio) e as sociedades civis (as quais, por exclusão, *não* praticavam os atos de comércio).

As consequências desta mudança não se resumem ao âmbito privado. Assim, o STJ superou a teoria que excluía dos atos de comércio a prestação de serviços para afirmar que, para fins de determinação do sujeito passivo das contribuições para o SESC e o SENAC, as prestadoras de serviços se equiparam às sociedades comerciais. (REsp 489.267/SC).

Percebe-se, então, que a discussão a respeito da adoção da teoria da empresa e da superação dos atos de comércio ultrapassa as fronteiras do próprio direito empresarial.

Esse aspecto é facilmente observado com a própria alteração do nome da disciplina, que antes se denominava **direito comercial** e, agora, **direito empresarial**. Com a superação da teoria dos atos de comércio e da distinção entre sociedades comerciais e civis, esse ramo do direito passa a estudar não apenas as atividades estritamente comerciais (intermediação de mercadorias), mas também industriais, bancárias, de prestação de serviços. Importando, agora, a disciplina da atividade econômica, mudou-se o enfoque do comerciante para o empresário, que exerce qualquer atividade econômica com profissionalismo, intuito de lucro e finalidade de produzir ou fazer circular bens e serviços. Logo, a expressão **direito empresarial** vem sendo utilizada para refletir essa nova realidade<sup>22</sup>.

#### 5.4. A evolução do direito empresarial no Brasil

As expedições marítimas tiveram a característica de grandes empreendimentos comerciais da monarquia portuguesa. A colonização do Brasil foi marcada pela índole comercial; por essa razão, a economia colonial brasileira assumiu, entre os séculos XVI e XIX, duas características: o mercantilismo e o sistema colonial (anti-industrialismo). As expedições marítimas tiveram a característica de grandes empreendimentos comerciais da monarquia portuguesa.

Pelo alvará de 1785 Portugal manda extinguir todas as manufaturas têxteis do Brasil, com exceção apenas dos panos grossos com que se vestiam os escravos ou se usavam para sacaria, “temendo por motivos políticos o desenvolvimento da indústria colonial, e alarmada também com a concorrência que iria fazer ao comércio do Reino”<sup>23</sup>.

---

22. Neste sentido, COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. Vol. 1: Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43. No mesmo sentido, RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Método, 2014, p. 17, que, conquanto afirme que a expressão direito empresarial é, de fato, mais apropriada, reconhece que a terminologia “direito comercial” é muito tradicional, e que as duas expressões podem ser utilizadas indistintamente.

23. PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 18ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1976, p. 107-108.

Todavia, nos fins de 1807, Portugal foi invadido pelas tropas de Napoleão Bonaparte e, diante disso, a Família Real deslocou-se para o Brasil, em 1808, sob o patrocínio do governo inglês.

Já no Brasil, esforçando-se para garantir a própria sobrevivência e a do Império, Portugal toma uma série de providências, que se iniciam com a Abertura dos Portos do Brasil ao comércio estrangeiro, que se deu, ainda, em 1808 (principalmente por pressão da Inglaterra, que desejava o mercado interno brasileiro), encerrando a fase de exclusividade no comércio de Portugal com o Brasil.

Parte considerável da doutrina a considera o “nascimento” do direito comercial brasileiro, mas é importante observar que as Ordenações Filipinas continuaram a ser aplicadas, juntamente com a Lei da Boa Razão, de 1769, até a elaboração do Código Comercial de 1850, por pressão dos empresários, que buscavam uma legislação brasileira para reger suas atividades. Isso explica, ainda, a precedência do Código Comercial em relação ao Código Civil, que só veio a ser promulgado em 1916.

Segue-se à Abertura dos Portos a tentativa de reverter o processo anti-industrial, estimulando-se a criação de manufaturas no Brasil que se destinavam, principalmente, a atender aos interesses da Corte que aqui se instalara.

Também em 1808 foi criada uma Junta de Comércio, para reunir os comerciantes e foi fundado o primeiro Banco do Brasil.

A abolição do tráfico negreiro pela Lei Eusébio de Queiroz, no mesmo ano da promulgação do Código Comercial (1850), permitiu a aplicação na indústria dos grandes capitais empregados no tráfico de escravos. Até então as grandes fortunas vinham do tráfico negreiro e o Brasil resistia à pressão inglesa para a sua extinção<sup>24</sup>.

Em 1850, quando foi promulgado o Código Comercial, nosso país não dispunha de um Código Civil, que só veio a ser editado mais de 60 anos depois. Faltava à legislação civil uma ordenação clara e de fácil compreensão. Compreende-se, portanto, que o Código Comercial, tenha se estendido mais do que o necessário sobre alguns temas, por exemplo: a parte geral sobre obrigações e contratos, o mandato, a troca, a locação, a hipoteca, a fiança, o penhor etc., sendo certo que ele modernizou as regras sobre sociedades mercantis, contratos e obrigações, bem como as normas do comércio marítimo.

Mas o seu artigo 121 estabelecia que, salvo modificações e restrições nele estabelecidas, “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais”, deixando clara a tendência à unificação das obrigações<sup>25</sup>.

Assim, não nos parece correto afirmar que o Código Comercial de 1850 trouxe a teoria dos atos de comércio para o direito brasileiro.

24. PINTO, Virgílio Noya. Balanço das Transformações Econômicas do Século XIX. In: MOTA, Carlos Guilherme (Coord.). *Brasil em perspectiva*. 7ª ed., São Paulo: DIFEL, 1976, p. 137.

25. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, nº 128/7, out./dez./2002, p. 7-8.

No regime do Código Comercial, nem toda atividade empresarial (produção e distribuição organizada de bens, ou prestação de serviços no mercado, com intuito lucrativo) era considerada em lei como mercantil.

A atividade empresarial mercantil – então denominada *mercancia* (art. 4º) – era interpretada à luz do disposto no revogado artigo 19 do Regulamento nº 737, de 1850, que regulava o processo nos Tribunais do Comércio<sup>26</sup>. Isto porque existia, na época, uma dualidade de jurisdição, sendo as causas comerciais decididas pelos Tribunais do Comércio e as demais pelo Juízo cível.

O legislador *processual*, em vista da necessidade de especificar os atos sujeitos à jurisdição especial, editou o Regulamento nº 737, que enumerava os chamados “atos de comércio”, seguindo a matriz do direito francês. Mas a utilidade dessa distinção foi efêmera, pois, quinze anos após, a Lei nº 2.662 de 9 de outubro de 1875 suprimiu os Tribunais do Comércio, transferindo o julgamento das causas comerciais para os juízes de Direito continuando, no entanto, o Regulamento 737 em vigor até 1930, como estatuto processual.

A crítica à enumeração dos atos de comércio – que não está presente no próprio Código – foi rigorosa, pois a noção de *mercancia* é mais abrangente que a noção de atos de comércio. Carvalho de Mendonça criticou a inclusão da expressão “atos de comércio” no art. 19 do Regulamento nº 737 chamando o seu emprego de “incorreto” por ser por demais restrito<sup>27</sup>. Em sentido semelhante seguiram Waldemar Ferreira<sup>28</sup> e Fábio Comparato<sup>29</sup>.

Podemos afirmar, portanto, que, ainda no regime do Código Comercial, nossa melhor doutrina já havia afastado a disciplina dos atos de comércio, entendendo ser o exercício do comércio uma atividade. Esse entendimento tem como consequência necessária o reconhecimento de que o Código Civil de 2002 não implantou a teoria da empresa em nosso direito, como afirma parte da doutrina: declarou a existência dessa realidade em nosso direito. Assim é que, como veremos no próximo tópico, o ordenamento brasileiro, mesmo antes de 2002, fazia diversas referências à teoria da empresa.

O ano de 1870 representa o marco histórico do industrialismo no Brasil. As iniciativas industriais pioneiras do Visconde de Mauá dirigiram esses capitais para “fazê-los convergir a um centro donde pudessem ir alimentar as forças produtivas do país”<sup>30</sup>.

26. Brasil. Regulamento 737/1850. Art. 19. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/Código-Civil-vil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](https://www.planalto.gov.br/Código-Civil-vil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em 12/11/2015).

27. MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Vol. 1, 7ª ed., atual. por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, item 312, p. 451-452. A crítica do autor é incisiva (ob. cit., item 301, p. 442): “O Regul. 737, de 1850, também não se ocupou, especial e diretamente, de *atos de comércio*; nem este assunto se conciliaria com o seu objeto que, conforme a sua ementa, era *determinar* a ordem do Juízo no processo comercial” (grifos no original).

28. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, item 97, p. 246.

29. COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é negócio mercantil? *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 245 e segs.

30. PINTO, Virgílio Noya. Balanço das transformações econômicas do século XIX. In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). *Brasil em perspectiva*. 7ª ed., São Paulo: DIFEL, 1976, p. 138.



A construção de vias férreas serviu para facilitar o escoamento da produção agrícola e a aplicação dos lucros da exploração cafeeira, em São Paulo, em projetos industriais e na fundação de bancos.

O sistema de autorização para a criação de sociedades anônimas foi extinto pela Lei nº 3.150/1882, que permaneceu durante mais de meio século como o seu estatuto básico.

O governo, no final do Império e nos primeiros anos da República garantia, por muitas vezes, os investimentos privados dos particulares em negócios importantes como usinas de açúcar, estradas de ferro etc. Estas pessoas vendiam as concessões com frequência, ou apelavam ao público para obter o restante dos capitais necessários. Muitas empresas eram criadas por gente inescrupulosa, quebravam, e as ações passavam a não valer nada. A quebra generalizada, cujo marco é 1889, foi denominada “*encilhamento*” por alusão às apostas nas corridas de cavalos.

Até 1849, a criação das sociedades anônimas era um privilégio, igual ao que existiu na Europa até 1807, com a promulgação do Código Comercial francês. A partir daí, com o Decreto nº 575, passou a ser dependente apenas de concessão ou autorização, o que significa que a lei geral passou a reconhecer as sociedades anônimas.

No regime da nossa Lei de Sociedades por Ações anterior (Decreto-lei nº 2.627/40) havia um único modelo e uma única regulamentação para as companhias abertas e fechadas. Esse modelo revelou-se insuficiente perante a variedade da unidade econômica que adota a forma de sociedade anônima. Por exemplo, a autonomia estatutária é inadequada na companhia aberta, onde existe a necessidade de tutela dos investidores do mercado de capitais. Por outro lado, existe incompatibilidade entre a interferência do poder público e a companhia fechada de estrutura familiar, onde prevalece a autonomia privada.

As **sociedades por quotas de responsabilidade limitada**, que se tornaram as mais difundidas entre nós, foram criadas em 1919. Seu sucesso se explica pelas características essenciais desse tipo societário: de um lado, a limitação de responsabilidade dos sócios; de outro, o caráter contratual da sociedade e a sua estrutura mais simples e flexível, se comparada à sociedade anônima.

A partir do Código Civil de 2002 ela passou a ser denominada sociedade limitada, apenas, e sua regulamentação se tornou mais detalhada, ainda que suas características básicas tenham sido mantidas.

O sistema do direito comercial no Brasil, hoje, organiza-se em torno da atividade empresária. Ela constitui o fato social nuclear e o conceito fundamental desse ramo jurídico. A produção, em sentido amplo, envolve a criação de valores e não somente de bens. Nesse sentido, a atividade de distribuição – o comércio (no sentido tradicional) – é também produção (de bens imateriais, ou prestação de serviços). O Código do consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 3º), usa o conceito de “fornecedor” com amplitude semelhante, abrangendo o fornecimento de bens e serviços.

## CAPÍTULO II

# FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

A palavra **fonte**, no dizer de Oliveira Ascensão, representa antes de mais nada uma imagem, e de tal vastidão que se adapta a várias realidades jurídicas. Pode-se falar de fontes do Direito em diversos sentidos<sup>1</sup>. No **sentido técnico-jurídico ou dogmático**, o mais relevante para nós, **fontes são os modos de formação e revelação das regras jurídicas**, para utilizar uma expressão corrente.

A principal fonte é a lei. Nos termos do art. 22, I, da Constituição, compete privativamente à União legislar sobre direito comercial (empresarial). O Código Comercial de 1850 foi, até o advento do Código Civil de 2002, a principal fonte do direito empresarial. No entanto, ele ainda é uma fonte, sendo necessário lembrar que apenas a “Parte Primeira”, referente ao “comércio em geral” foi revogada pelo Código Civil. A Parte Segunda, que trata do comércio marítimo, ainda é regulada pelo Código Comercial de 1850.

Além do Código Civil de 2002, são fontes legais do direito empresarial diplomas específicos, como a Lei 11.101/05 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas), a Lei 6.404/76 (que regula as sociedades por ações), a Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), entre muitas outras, que serão abordadas ao longo deste manual.

Uma questão que se avizinha diz respeito a um Novo Código Comercial. Há atualmente, dois projetos em tramitação: o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados 1.572/2011 e o Projeto de Lei do Senado 487/2013. A conveniência de um novo código é bastante controversa. Fabio Ulhoa Coelho, autor do primeiro projeto, defende a ideia, como uma necessidade para o resgate do direito empresarial<sup>2</sup>. Para além das críticas pontuais a dispositivos apresentados nos referidos projetos, há quem critique a própria ideia de codificação, a qual corresponderia a todas as normas de um determinado ramo do direito em determinado momento histórico.

Os usos e costumes também são fonte do direito, de reconhecida importância na formação do direito comercial. Mas, indo além da sua importância histórica, devemos distinguir os casos em que os usos e costumes são utilizados na omissão da lei daqueles em que a própria lei determina a sua aplicação.

Nos casos de omissão da lei, revela-se uma lacuna que será suprida pelo juiz por aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42); nos casos em que a própria lei determina a sua aplicação os usos integram

---

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito, introdução e teoria geral – *uma perspectiva luso-brasileira*. 6ª ed., rev. Coimbra: Almedina, 1991, p. 39-41.

2. COELHO, Fabio Ulhoa. *O futuro do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

a própria lei. O Código Civil remete em diversas passagens à integração das normas legais por meio dos usos, especialmente em matéria de contratos (arts. 111, 112, 429, 445, 529, 628, 658, 695, 699, 700, 701, 724 e 753).

De outro lado, os contratos comerciais, muitas vezes, antes de serem regulados pelo legislador são formados pelos usos.

Usos são práticas sociais reiteradas: sua existência decorre da mera observação de fato. Mas a doutrina majoritária reconhece neles a convicção da obrigatoriedade, para que interessem ao direito<sup>3</sup>.

A prova da existência dos usos e costumes das praças nacionais pode ser feita através de certidões das Juntas Comerciais, se lá estiverem registrados, dado que a elas incumbe o “assentamento dos usos e práticas mercantis” (Lei nº 8.934/94, art. 8º, VI). Ainda que não estejam registrados, os usos e costumes podem ser provados por qualquer meio admitido em direito, mas o CPC estabelece que cabe à parte que alegar direito consuetudinário o ônus de provar seu teor e vigência (CPC, arts. 369 e 376)<sup>4</sup>.

- 
3. ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito, introdução e teoria geral – *uma perspectiva luso-brasileira*. 6ª ed., rev. Coimbra: Almedina, 1991, p. 231.
  4. STJ, REsp 877.074/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u. 12/05/2009, ementa (transcrição parcial): “- Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial – de prova plena – àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume.  
– Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal”.

## CAPÍTULO III

# PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL

**Sumário** • 1. Introdução – 2. Princípio da livre iniciativa – 3. Princípio da livre concorrência – 4. Princípios da propriedade privada e da função social da propriedade – 5. Preservação da empresa e função social da empresa.

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo do desenvolvimento histórico do direito empresarial, analisado no capítulo anterior, mostra como esse ramo do direito, por mais que tenha alterado seu centro de gravidade da pessoa do comerciante para a atividade comercial, num primeiro momento, e daí para a empresa, manteve características fundamentais que o distinguem do direito civil.

Trata-se de um direito **cosmopolita**, o que é um atributo da própria atividade do comércio ao longo da história; **que assumidamente busca o lucro**, dado o caráter oneroso e especulativo da atividade, e **informal**, sendo certo que o dinamismo da atividade empresarial sempre exigiu a flexibilização da forma – afinal, foi esse dinamismo que deixou clara a inadequação do direito civil – o direito comum – e a necessidade de elaboração de um direito próprio do comerciante<sup>1</sup>.

O direito empresarial, como direito da empresa, disciplina o exercício da atividade econômica organizada, razão pela qual, em primeiro lugar, devemos levar em consideração o tratamento constitucional da ordem econômica. A matéria está tratada no art. 170, da Constituição de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;

---

1. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Método, 2014, p. 20.

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (*Redação da EC 42/2003*);

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (*Redação da EC 06/1995*).

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Além dos **princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana** – enumerados no caput, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.<sup>2</sup>

A leitura do *caput* e de seus incisos leva à percepção de que o constituinte adotou princípios liberalizantes e outros intervencionistas: os primeiros, limitando a intervenção do Estado, como os incisos II e IV; os segundos, determinando a atuação do Poder Público para conformar a realidade econômica e social, como os incisos III e VI, além dos objetivos estabelecidos no *caput* – dignidade humana – e no art. 3º (erradicação da pobreza, combate às desigualdades regionais) da Constituição.

Aliás, em relação aos incisos V a VIII, autores como José Afonso da Silva utilizam a expressão “princípios de integração”, porque dirigidos a resolver os problemas da marginalização regional ou social<sup>3</sup>.

Não se trata, propriamente, de uma incoerência, por parte do constituinte, ou de uma postura inviabilizadora do texto constitucional. É clara a opção pela liberdade econômica, apenas não de forma absoluta.

É interessante o posicionamento de autores como Cass Sunstein, segundo o qual o “livre mercado” é, na realidade, fruto de conformação da ordem jurídica. Em outras palavras, ele não se constrói espontaneamente, mas por meio de opções políticas – de Estado. Mercados são resultado de intervenção do Estado no domínio econômico.<sup>4</sup>

2. TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

3. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 774.

4. SUNSTEIN, R. Free Markets and social justice. Oxford University Press, 1997. p. 5, apud SZTAIN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 41.