



MATERIAL DIDÁTICO

DIREITO EMPRESARIAL

PROF. ALBERICO FONSECA

FORMAÇÃO HISTÓRICA

FONTES

AUTONOMIA

TEORIA DOS ATOS DE COMÉRCIO

TEORIA DOS ATOS DE EMPRESA

UNIDADE DIDÁTICA I – DIREITO EMPRESARIAL

1. DIREITO EMPRESARIAL

Os bens e serviços de que todos precisamos para viver — isto é, os que atendem às nossas necessidades de vestuário, alimentação, saúde, educação, lazer etc. são produzidos em organizações econômicas especializadas e negociadas no mercado.

Quem estrutura essas organizações são pessoas vocacionadas à tarefa de combinar determinados componentes (os “**fatores de produção**”) e fortemente estimuladas pela possibilidade de ganhar dinheiro, muito dinheiro, com isso. São os empresários.

O art. 173 da nossa Carta Política assegura à iniciativa privada a exploração da atividade econômica, sendo certo que, ao Estado somente dá permissivo legal para tal atividade, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Na mesma esteira, o art. 170, da Constituição Federal estai:

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:

No mesmo sentido, o § único, do mesmo art. 170:

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.

Com isso, pode-se inferir que a ordem econômica do Estado permite aos cidadão e empresas, o livre exercício da atividade econômica.

Estruturar a produção ou circulação de bens ou serviços, tarefa primordialmente atribuída à iniciativa privada, significa reunir os recursos financeiros (capital), humanos (mão de obra), materiais (insumo) e tecnológicos que viabilizem oferecê-los ao mercado consumidor com preços e qualidade competitivos. Não é tarefa simples. Pelo contrário, a pessoa que se propõe realizá-la deve ter competência para isso, adquirida mais por experiência de vida que propriamente por estudos.

Meios de produção: Capital, mão de obra e insumos.

Além disso, trata-se sempre de atividade sujeita a risco. Por mais cautelas que adote o empresário, por mais seguro que esteja do potencial do negócio, os consumidores podem simplesmente não se interessar pelo bem ou serviço oferecido. Diversos outros fatores inteiramente alheios à sua vontade — crises políticas ou econômicas no Brasil ou exterior, acidentes ou deslealdade de concorrentes, por exemplo — podem também obstar o desenvolvimento da atividade.

Nesses casos, todas as expectativas de ganho se frustram e os recursos investidos se perdem. Não há como evitar o risco de insucesso, inerente a qualquer atividade econômica. Por isso, boa parte da competência característica dos empresários vocacionados diz respeito à capacidade de mensurar e atenuar riscos.

O Direito Empresarial cuida do exercício dessa **atividade econômica** organizada de fornecimento de bens ou serviços, denominada empresa.

O objeto do Direito Empresarial é o estudo dos meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que exploram.

1.1 FORMAÇÃO HISTÓRICA

1.1.1 ORIGENS DO DIREITO COMERCIAL

O direito comercial surgiu, fragmentariamente, na Idade Média, pela imposição do desenvolvimento do tráfico mercantil.

Os historiadores encontram normas dessa natureza no Código de Manu, na Índia; as pesquisas arqueológicas, que revelaram a Babilônia aos nossos olhos, acresceram à coleção do Museu do Louvre a pedra em que foi esculpido há cerca de dois mil anos a.C. o Código do Rei Hammurabi, tido como a primeira codificação de leis comerciais.

São conhecidas diversas regras jurídicas, regulando instituições de direito comercial marítimo, que os romanos acolheram dos fenícios, denominadas *Lex Rhodia de lactu* (alijamento), ou institutos como o *foenus nauticum* (câmbio marítimo).

Mas essas normas ou regras de natureza legal não chegaram a formar um corpo sistematizado, a que se pudesse denominar “direito comercial”. Nem os romanos o formularam.

Roma, devido à organização social estruturada precipuamente sobre a propriedade e atividade rurais, prescindiu de um direito especializado para regular as atividades mercantis. Os comerciantes, geralmente estrangeiros, respondiam perante o *praetor peregrinus*, que a eles aplicava o *jus gentium*.

Na era cristã, ao se aproximar a decadência, transformações acentuadas da estrutura econômica de Roma deixavam antever a expansão comercial.

As leis que proibiam aos senadores e patrícios o exercício da atividade mercantil, por ser degradante, foram contornadas ou burladas e passou-se a fortalecer um intenso capitalismo mercantil e urbano em Roma.

1.1.2 O DIREITO COMERCIAL COMO DISCIPLINA HISTÓRICA DOS COMERCIANTES (Conceito subjetivo).

Em um ambiente jurídico e social tão avesso às regras do jogo mercantil, foram os comerciantes levados a um forte movimento de união, através das organizações de classe que os romanos já conheciam em fase embrionária — os colégios.

Entretanto, na Idade Média, essas corporações se vão criando no mesmo passo em que se delineiam os contornos da cidade medieval.

Como principal e organizada classe, enriquecida de recursos, as corporações de mercadores obtêm grande sucesso e poderes políticos, a ponto de conquistarem a autonomia para alguns centros comerciais, de que se citam como exemplos as poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras.

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes.

Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juízes eleitos pelas suas assembleias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado.

Tal foi o sucesso dos juízes consulares, que julgavam pelos usos e costumes sob a inspiração da equidade, e o poder político e social da corporação de mercadores, que de tribunais “fechados”, classistas, com competência exclusiva para julgar e dirimir as disputas entre comerciantes, foram atraindo para seu âmbito as demandas existentes, muito naturais, de comerciantes para não comerciantes.

Temos, nessa fase, o **período estritamente subjetivista do direito comercial a serviço do comerciante**, isto é, **um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário**.

Como o comércio não tem fronteiras, e as operações mercantis se repetem em massa, transpira nítido o seu sentido cosmopolita.

Começa, então, a delinear- se, a expandir- se, o conceito objetivista decalcado sobre ato de comércio.

1.1.3 O DIREITO COMERCIAL COMO DISCIPLINA DOS ATOS DE COMÉRCIO (Conceito objetivo).

Passou- se, assim, suavemente, do sistema subjetivo puro para o sistema eclético, com acentuada transigência para o objetivismo. Assim, passou- se do sistema subjetivo ao objetivo, valendo- se da **ficção segundo a qual deve reputar- se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial**.

Essa ficção favoreceu **a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor**.

Um fenômeno social e político, todavia, próprio da época de Bonaparte, provocou nova orientação, essa arraigadamente objetivista.

O Código Napoleônico de 1807 adotou declaradamente o conceito objetivo, estruturando- o sobre a teoria dos atos de comércio.

Agindo assim, os legisladores do Império punham- se a serviço dos ideais da Revolução Francesa, de igualdade de todos perante a lei, excluindo o privilégio de classe.

Não se concebia, diante dessa filosofia política, um código destinado a garantir, numa sociedade fundada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei, prerrogativas e privilégios dos mercadores.

Assim, o sistema objetivista desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio.

Assim, o Direito Comercial devia cessar de ser o direito próprio dos comerciantes para tornar-se o direito próprio de uma classe determinada de atos: os atos de comércio.

Não é preciso esforço de imaginação para concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental.

Para muitos autores essa dificuldade, senão impossibilidade, resulta diretamente da circunstância de **não ser científica a dicotomia do direito privado**, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional.

1.1.4 O DIREITO COMERCIAL COMO O DIREITO DAS EMPRESAS (Conceito subjetivo moderno).

Por empresa comercial passou-se a compreender não a cadeia de atos de comércio isolados, mas a organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa.

O primeiro passo para edificar o direito comercial moderno sobre o conceito de empresa foi dado na Alemanha, no Código Comercial de 1897, restabelecendo e modernizando o conceito subjetivista.

Pela definição do art. 343, **atos de comércio são todos os atos de um comerciante, atos esses que sejam relativos a sua atividade comercial.**

Em face dessa definição, tanto o ato de comércio como o comerciante somente adquirem importância para o direito comercial quando se referirem à exploração de uma empresa.

Desaparece, nela, a preponderância do ato de comércio isolado, como também se esmaece a figura do comerciante.

Assim pela então Codificação alemã, **caracteriza-se o ato de comércio como sendo aquele praticado pelo comerciante, no exercício de sua atividade comercial. Outros atos praticados pelo comerciante, alheios a sua atividade de comércio, estão excluídos da definição.**

Surge, assim, esplendorosa, a empresa mercantil, e o direito comercial passa a ser **o direito das empresas comerciais.**

Em síntese passou-se a enxergar o direito comercial como ordenamento destinado a estabelecer a disciplina jurídico-privada das empresas.

Em nosso país as opiniões dos comercialistas modernos filiam-se à corrente que vislumbra o direito comercial como o direito das empresas.

1.1.5. HISTÓRIA DO DIREITO COMERCIAL NO BRASIL

Durante o período do Brasil-colônia as relações jurídicas pautavam-se, como não podia deixar de ser, pela legislação de Portugal.

Imperavam, portanto, as Ordenações Filipinas, sob a influência do direito canônico e do direito romano.

Quando, porém, a família imperial, acossada pelas tropas napoleônicas, refugiou-se na colônia, esta necessariamente haveria de evoluir em seu status.

Assim, **os estuários brasileiros, até então cerrados pela mesquinha e estreita política monopolista da metrópole, abrem-se ao comércio dos povos.**

Outras leis e alvarás se sucedem, como a que determina a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, para estimular as atividades produtivas da nação que surgia.

Sobressai-se, nesses atos da monarquia recém-instalada, **o alvará de 12 de outubro de 1808, que cria o Banco do Brasil, com programa de emissão de bilhetes pagáveis ao portador, operações de descontos, comissões, depósitos pecuniários, saques de fundos por conta de**

particulares e do Real Erário, para a promoção da “indústria nacional pelo giro e combinação de capitais isolados”.

Proclamada a Independência, convocada a Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823, promulga esta a lei de 20 de outubro, que mandou continuar, no Império, as leis portuguesas vigentes a 25 de abril de 1821.

O espírito nacional do jovem Império passou a exigir, como afirmação política de sua soberania, a criação de um direito próprio, consentâneo com os seus interesses e desenvolvimento. Há a necessidade de criação de um Código de Comercio.

Assim, foi sancionada a Lei no 556, de 25 de junho de 1850, que promulgava o Código Comercial brasileiro.

Em 1866, pela Lei no 1.350, o juízo arbitral, que era obrigatório, passou a ter caráter facultativo.

Em 1882 as sociedades anônimas se desprenderam, na sua formação, do controle do Estado, podendo ser livremente constituídas.

No setor do direito falimentar a evolução foi positiva e segura. Um dos livros do Código dedicava-se exclusivamente às “quebras”, sofrendo rápido aperfeiçoamento tão logo o desenvolvimento incipiente e as crises de nosso sistema bancário e industrial o exigiram, como no caso da falência da Casa Mauá e da crise do Encilhamento, em 1893.

Pelo Decreto no 917 inseriu-se a concordata preventiva, até então inexistente. J. X. Carvalho de Mendonça, por fim, em 1908, contribuiu com o magnífico projeto do Decreto no 2.024, alterado somente em 1929.

A Lei de Falências (Decreto- Lei no 7.661/45), fundamentando a sua caracterização não na cessação dos pagamentos do comerciante, mas na sua impontualidade, tornou- a uma das mais severas legislações dos povos civilizados, acentuando- se a sua originalidade.

Por fim, o atual Código Civil, transformado na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, unificou a matéria.

1.2 FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Entende-se como fontes do Direito Empresarial as formas pelas quais surgem as normas jurídicas de natureza comercial. Tais fontes são divididas em diretas ou primárias, e indiretas ou secundárias.

As fontes diretas ou primárias são as leis comerciais, destacando-se entre elas o Código Civil de 2002, Parte Especial, Livro I, que trata dos contratos mercantis e dos títulos de crédito, e no Livro II, do direito de empresa.

Além do referido Código, há leis autônomas de cunho comercial, como, por exemplo, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76); a Lei do Registro de Empresas (Lei n. 8.934/94); a Lei da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96); a Lei sobre o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/64); o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), dentre outras.

As fontes indiretas ou secundárias do Direito Empresarial são: analogia, costumes e os princípios gerais do direito. Quando existem lacunas legislativas, tais fontes servem para complementar o sistema normativo. Trata-se de técnicas integrativas ou supletivas das normas, ou seja, suprem as lacunas e devem ser utilizadas seguindo a ordem de preferência.

1.3 AUTONOMIA

O Direito comercial (Mercantil, Empresarial ou de Negócios) é área especializada do conhecimento jurídico. Sua autonomia, como disciplina curricular ou campo de atuação profissional específico, decorre dos conhecimentos extra-jurídicos que professores e advogados devem buscar, quando o elegem como ramo jurídico de atuação.

Exige-se do comercialista não só dominar conceitos básicos de economia, administração de empresas, finanças e contabilidade, como principalmente compreender as necessidades próprias do empresário e a natureza de elemento de custo que o direito muitas vezes assume para este.

Quem escolhe o Direito comercial como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o

objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor — para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade — que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas.

No Brasil, a autonomia do Direito comercial é referida até mesmo na Constituição Federal, que, ao listar as matérias da competência legislativa privativa da união, menciona “direito civil” em separado de “comercial” (CF, art. 22, I).

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I—direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Não compromete a autonomia do Direito Comercial a opção do legislador brasileiro de 2002 no sentido de tratar matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil (livro II da Parte Especial).

Os critérios formais de sistematização não inviabilizam os critérios científicos de classificação. A autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa.

Afinal, Direito civil não é Código Civil; assim como Direito comercial não é Código Comercial. À forma considerada mais oportuna de organizar os textos e diplomas legais não corresponde necessariamente a melhor de estudar e ensinar o direito. Também não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no direito privado brasileiro, da Teoria da Empresa.

Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixa de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do Direito comercial.