

O direito empresarial é visto como um direito especial – devido as suas características e objeto – em oposição ao direito civil, chamado direito comum.

O tratamento jurídico da atividade econômica tem sido, tradicionalmente, alocado como um ramo do direito privado¹, para o qual *aquilo que não é proibido é permitido*.

Porém, no Brasil atual – e em muitos países do mundo –, superada a fase do liberalismo econômico, tal classificação não se demonstra tão resolvida e acabada, tendo em vista que o praticante da empresa é confrontado, a todo tempo, com normas que são vistas como pertencentes ao direito público², como determinante das ações dos empresários, pontuadas por inúmeros exemplos de intervenção estatal na iniciativa privada.

O empresário e a sociedade empresária, para exercerem suas atividades econômicas, além de atentar para as regras do direito empresarial, para a teoria geral das obrigações e contratos, para as normas trabalhistas, todas de caráter privado, devem se submeter a regras de caráter constitucional, tributário, penal, econômico, administrativo, consumerista, entre outros.

Por isso, sentimos que já não é tão fácil colocar o direito de empresa como um ramo do direito privado, já que nele se inserem vários temas de ordem pública³, como ocorre no caso do registro de empresas, no controle do mercado mobiliário, no processo da recuperação de empresas e de falência,

¹ “O Direito comercial é corretamente definido como o Direito privado especial do comércio ou dos comerciantes.” CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19, v. 1.

² “Por outro lado, nem todo o direito aplicável às actividades comerciais é direito comercial, na acepção clássica (direito privado especial do comércio), pois existem inúmeras normas que se aplicam às actividades comerciais, mas que não são de direito privado. Sob o influxo de fenómeno universal e característico do nosso século que se usa designar como *dirigismo* ou *intervencionismo* económico dos Poderes Públicos, surgem múltiplos preceitos – pertinentes ao direito constitucional, ao direito administrativo, ao direito fiscal, ao direito criminal, a outros ramos do direito público – que têm por objecto ou se aplicam às actividades comerciais.” CORREIA, Miguel J. A. Pupo. *Direito Comercial*. 7. ed. Lisboa: Ediforum, 2001, p. 33.

³ “A Constituição de 1988, que todos conhecemos bem, é bastante abrangente e minuciosa. Traça muitas diretrizes para a vida e a atividade privadas. Reduz sensivelmente o enorme hiato até então existente entre o direito público e o direito privado. Com isso, o direito privado se ‘constitucionaliza’ (...)” CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial: Um Simples Exercício, p. 11. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Coor.). *Direito Societário na Atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-14.

no acompanhamento de transações societárias, etc. E, é claro, é preciso considerar a função social da empresa.

Não se pode retirar a legitimidade da busca ao lucro. Todavia, na atualidade, ele deverá estar em harmonia com outros interesses externos à empresa, o que atenderá à função social da propriedade no âmbito do direito empresarial, isto é, o direito de empresa deve estar atento ao *interesse público*, ao interesse da coletividade.⁴

Num certo sentido, atentar para esses outros interesses – dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade, do meio ambiente etc. – resulta, indiretamente, em interesse do próprio empresário.

Como diz José Marcelo Martins Proença, comentando acerca das sociedades anônimas, é possível e necessário compor os interesses público e privado⁵.

Há, portanto, inegável aproximação entre os interesses particulares e os coletivos, talvez não de cunho imediatista, mas de médio e longo prazo.

O exercício da liberdade, pilar da iniciativa privada, vem se conformando a comandos legislativos constitucionais que tencionam a dar concretude aos valores que nortearam a confecção da Lei Maior, entre eles, o da dignidade da pessoa humana.⁶

Todo o instrumental econômico e jurídico do qual a sociedade contemporânea é dotada – e especialmente do ponto de vista do moderno direito de empresa, que é onde economia e direito se imbricam – deve, paulatinamente ser concertado, para a convergência da *promoção da dignidade humana*. Esse o ideal e o desafio.

⁴ Nossa concepção de interesse público se harmoniza com a desenvolvida por Calixto Salomão Filho em *O Novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 32.

⁵ PROENÇA, José Marcelo Martins. *Função Social da Sociedade: Convivência entre Interesse Público e Privado* in FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). *Direito Societário*. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 5. (Série GV Law).

⁶ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 16.

CONCEITO E NOMENCLATURA DO DIREITO DE EMPRESA

Para se elaborar um conceito deste ramo do direito, útil se faz verificar o que ensinava a memória do direito comercial, partindo da clássica noção de que o direito comercial é *o direito privado especial do comércio*, como registrado por Miguel J. A. Pupo Correia⁷. O mesmo autor, revela, no entanto, que tal definição tradicional, está, historicamente, ultrapassada e não corresponde à realidade dos sistemas modernos⁸, fato que aliás, já era apontado de maneira contundente por Jean Van Ryn, em 1954⁹.

Segundo esse pensador crítico, a própria expressão *comercial* como designativa desse ramo do direito está ultrapassada. Se era apropriada no passado, quando se ocupava, de maneira específica, dos direitos relativos ao comércio e aos comerciantes, agora se revela estreita e imperfeita, posto que seu objeto se amplia para ocupar-se da atividade econômica como um todo. “Se esse direito é chamado *comercial*, o é como recordação da época longínqua na qual a atividade econômica se reduzia praticamente ao tráfico de mercadorias, ao negócio, ao comércio, no sentido mais estrito.”¹⁰ Daí seu conceito desse ramo especial do direito ser “ o conjunto de regras jurídicas relativas à atividade do homem aplicada à produção, à apropriação, à circulação e ao consumo de riquezas” entendendo, de modo acertado, que o comércio é apenas um elo da cadeia constituída pela atividade econômica global.¹¹

João Eunápio Borges conceituava o direito comercial como o “complexo de normas que regulam as relações derivadas das indústrias e atividades que a lei considera mercantis, assim como os direitos e obrigações das pessoas que profissionalmente as exercem.”¹² Da ideia desse autor é possível perceber um traço comum nos conceitos de direito comercial tradicional, que, no entanto, ainda continua a

⁷ ABREU, Jorge Manuel. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 32, v. 1.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 33.

⁹ VAN RYN, Jean. *Principes de Droit Commercial*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1954, *passim*, *apud* REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 7, v. 1.

¹⁰ *Idem, ibidem*. Grifo no original.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 13, v. 1.

orientar pensadores atuais dessa área jurídica¹³. Esse traço comum pode ser encontrado no positivismo legal que dirige a elaboração dos conceitos.

A esse respeito, podem ser feitas considerações em dois sentidos.

Primeiro, que na conceituação do tradicional direito comercial, esse aspecto acaba por desatualizá-lo, já que tais conceitos se erigiram na vigência da teoria dos atos de comércio, baseando-se no rol legislativo das práticas, que foi, justamente, a razão da derrocada dessa teoria, encarregando-se a própria realidade econômica e social por trazer desarticulação a tais conceitos, hodiernamente.

Porém, como segunda consideração a respeito do caráter positivista como balizador da construção do conceito do ramo do direito em comento, como nos dias que correm a legislação abraça a teoria da empresa, inserindo um conceito aberto, a técnica da adoção da lei como norte da elaboração do conceito nos serve muito bem.

Assim, construindo um conceito normativo, tendo por base o artigo 966 do Código Civil, seria satisfatório definir o *direito empresarial como o ramo do direito que regula as relações provenientes da atividade particular 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*.

Fixar o conceito de direito empresarial desse modo atende aos requisitos da especificidade, amplitude e perenidade de que devem se revestir os conceitos, já que mesmo as mais criativas inovações de atividade econômica que venham a existir no futuro poderão estar contidas na *produção ou circulação de bens e serviços*.

Quanto à nomenclatura desse ramo, já passamos pelo direito *mercantil* e pelo direito *comercial*, chegando, agora, ao direito *empresarial*.

Note-se que designar esse ramo de direito especial por empresarial revela a natural ampliação de seu objeto, daí mais atual e apropriada.

A nomenclatura esteve sempre ligada à figura que exerce a atividade econômica: o *mercador*, o *comerciante* e – agora – o *empresário*.

¹³ Principalmente, no sistema português em que ainda se discute se o direito comercial é comercial porque se refere ao comércio ou ao comerciante. Por todos, cf. CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 22, v. 1.

No entanto, existe ainda apego à expressão *direito comercial* que deve acompanhar o uso de *direito empresarial* – do mesmo modo como quando da transição do direito mercantil para o comercial – por alguns anos mais.

BREVE HISTÓRICO

O comércio existe desde a Antiguidade. Mas foi só na Idade Média, com o alargamento dos centros comerciais e o surgimento do mercador, organizado em corporações de ofício, que surge o direito mercantil.

Neste período de fraco poder político central e forte impulso do comércio, diversos institutos importantes surgiram ou se aperfeiçoaram na Europa.

Naquele tempo, as regras comerciais - mais vantajosas que as do direito comum, porque mais específicas¹⁴ - eram aplicadas somente ao fechado círculo das pessoas matriculadas nas corporações de mercadores, onde as pendências 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. Eram os chamados tribunais consulares, ancestrais dos Tribunais de Comércio.

Os cônsules acabavam por atuar, legislativamente, também, criando normas com seus julgados. Como estas normas eram mais ajustadas aos mercadores, era necessário estabelecer e determinar quem realmente era 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). Esse foi, portanto, um direito de classe, o *jus mercatorum*: direito criado pelos mercadores para regular suas atividades profissionais e por eles aplicado¹⁵.

As corporações de ofício foram ganhando, desse modo, poder político, já que atuavam na esfera político-administrativa e judicial¹⁶, o que por óbvio, não interessava aos poderes soberanos da época, que para recuperar terreno, já na Idade Moderna, acabaram por editar normas de aplicação específica

¹⁴ “(...) mercadores [geraram] um direito ‘especial’ do comércio – contraposto ao direito ‘comum’ (romano-canônico) e aos vários direitos ‘próprios’ ou particulares, desajustados às novas realidades da vida econômico-mercantil.” ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *op. cit.*, p. 2, v. 1.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 3.

¹⁶ “Deve-se notar que os comerciantes, organizados em suas poderosas *ligas e corporações*, adquirem tal poderio político e militar que vão tornando autônomas as cidades mercantis a ponto de, em muitos casos, os estatutos de suas corporações se confundirem com os estatutos da própria cidade.” REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 10.

aos comerciantes e por criar uma jurisdição especializada para conhecer os conflitos que as corporações julgavam, o que as foi enfraquecendo.

O início da derrocada do período subjetivista do direito comercial se deu com a submissão ao julgamento pela jurisdição consular de qualquer ato comercial do mercador, mesmo que estranho ao seu ramo de negócio¹⁷. Além disso, passou-se a admitir que não comerciantes demandassem nos tribunais consulares. Rubens Requião anota ser esta fase chamada de *período eclético*¹⁸.

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

Quando as corporações se extinguíram, o direito comercial já estava, portanto, sedimentado. Sendo, contudo, um direito especial, deveria continuar a ter seu alcance limitado aos profissionais da área.

Como o critério subjetivo já não mais poderia ser utilizado – a matrícula nas corporações, posto que extintas -, surgiu a *teoria dos atos de comércio*, mais objetiva, atendendo ao princípio da igualdade, um dos característicos da Revolução Francesa.

Pela teoria dos atos de comércio, comerciante era aquele que praticava ato de comércio de maneira profissional. “Com ela, 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”¹⁹, mas, que quando praticados de modo profissional, mereciam tutela estatal especial.

Ela surgiu em 1807, com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, de Napoleão. Com isso, um novo critério para determinar quem fossem os destinatários das normas comerciais teve que ser construído. Então, passa-se o foco aos *atos de comércio*, para se estenderem a todos os que praticassem os referidos atos de modo habitual. É o período objetivo dos atos de comércio, no qual floresceram

¹⁷ Despontavam já os “germes objetivistas” do direito comercial. ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *op. cit.*, p. 3, v. 1

¹⁸ REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p.12, v. 1.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12, v. 1.

legislações importantes, como o Código Comercial da França (1807) e suas derivações na Espanha (1829), Portugal (1833), Brasil (1850) e Itália (1865)²⁰.

O Código Comercial brasileiro como derivação do Código Comercial francês, centrou sua regulamentação nos atos de comércio – embora não mencionasse essa expressão -, para delimitar a matéria de sua competência.

Mesmo com a extinção da jurisdição especial no Brasil em 1875, a caracterização do comerciante continuou sendo importante para a aplicação de dispositivos específicos, como as falências e as concordatas, a locação comercial, a validade probatória da escrituração comercial regular, pela jurisdição comum.

Contudo, como evidente, a atividade econômica é dinâmica e inovadora. O sistema de classificação de um ato como de comércio decorrendo da lei, ou seja, o caráter positivista, não conseguiu acompanhar as inovações surgidas ao longo do tempo.

Em razão das peculiaridades da atividade comercial, não é possível aos particulares aguardarem todo o extenso e demorado trâmite legislativo para o início do exercício de um novo tipo de iniciativa econômica.

Assim sendo, a teoria dos atos de comércio foi se tornando obsoleta para determinar a qualidade de comerciante.

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

Devido ao grande desenvolvimento da economia capitalista, que permitiu a produção em massa, o objeto do direito comercial foi se ampliando, tornando desatualizado o critério da teoria dos atos de comércio para a classificação da atividade econômica, exigindo que sua disciplina jurídica não mais se restringisse a regular a profissão de comerciante e os atos de comércio, a atividade comercial pura. Foi necessário que essa noção se ampliasse para tratar de toda atividade *empresarial*.

²⁰ DORIA, Dylson. *Curso de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo, 1998, p. 21, v.1.

O novo critério, denominado *teoria da empresa*, se consolidou na Itália, em 1942, com seu novo Código Civil.

Teoria da empresa porque não considera a pessoa em si, nem seus atos isoladamente, mas a atividade organizada, profissional, estruturada, com intuito de lucro.

Modernamente, então, a tendência é que as regras do direito empresarial tenham por base o exercício profissional e organizado de uma atividade econômica de natureza empresarial, o que ocorre sempre através de uma empresa, seja individual ou coletiva. Por isso este período se denomina período subjetivo da empresa ou subjetivo moderno, em oposição ao período subjetivo corporativista, das corporações de ofício.

Esse critério, com o assentamento genérico do que seja empresário e atividade empresarial, tem enormes chances de se projetar para um futuro longínquo, já que nele será possível abrigar as mais diversas e inovadoras iniciativas econômicas, conforme adiantamos acima.

O OBJETO DO DIREITO DE EMPRESA E A NATUREZA EMPRESARIAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Com o progresso da sociedade, o leque de atividades desenvolvidas pelo homem em busca de seu sustento, para atender aos interesses do consumidor, abriu-se, tremendamente, e a legislação, como vimos, foi alterada, acompanhando-se o direito italiano, para a adoção da teoria da empresa, que desfoca o objeto do direito de empresa dos atos de comércio, para fixá-lo na empresa, ou seja, no *conjunto dos atos* organizados e encadeados, praticados pelo empresário, na *atividade*.

O direito empresarial não se restringe mais, então, a regular a profissão de comerciante e os atos de comércio, a atividade comercial pura. Ele se amplia, *naturalmente*, para tratar de toda atividade empresarial, abrangendo também a indústria, os transportes, os seguros, os bancos, os serviços, o mercado mobiliário, os títulos de crédito, os contratos mercantis, o direito societário, o poder econômico, a locação empresarial, a propriedade industrial, as empresas em crise econômica *etc.*

Para fixar o objeto do moderno direito de empresa, tomamos por guia a própria legislação vigente, do mesmo modo que fizemos para construir o conceito da disciplina, ou seja, usando o caráter jurídico-positivista.

Cabe, então, diferenciar a atividade empresarial da não-empresarial, pois não se deve mais falar em atividade *comercial* e atividade *civil*, depois do Código Civil de 2002.

Há, portanto, ocupações, que embora também tenham fins econômicos, não possuem caráter empresarial, às quais não se aplica o direito de empresa, e é necessário delimitá-las.

O que diferencia as duas espécies de atividade não é o aspecto histórico, ou seja, é impreciso afirmar que o que era comercial, passa a ser empresarial; o que era civil, passa a ser simples ou não empresarial. A imprecisão desse posicionamento está em que nem tudo que era abarcado na classificação de atividade civil está contido na seara das sociedades simples (e, portanto, da atividade não-empresarial). O exemplo mais candente é a prestação de serviços, que se dava através de sociedade civil com fins lucrativos. Hoje, os serviços, segmento eloquente da atividade econômica no país – e por isso mesmo - têm natureza empresarial.

O fato de o empresário valer-se ou não de agentes auxiliares também não pode ser traço diferenciador, porque o próprio Código, quando excetua, no parágrafo único do artigo 966, o caráter empresarial da atividade, menciona que ela pode ser prestada *com o concurso de auxiliares* ou colaboradores.

O tamanho do negócio empresarial também não se presta a ser o divisor de águas da questão, pois a própria lei inclui *entre os empresários* aquele de atividade e faturamento reduzidos (denominado pequeno empresário), para conferir-lhe *tratamento favorecido* quanto à inscrição e efeitos dela decorrentes, mas não para lhes retirar a condição de empresário. Portanto, não haveria coerência lógica nesta posição.

Em nosso entendimento, também o traço da *organização*, embora apontada, em uníssono, por eruditos contemporâneos do direito de empresa, amparados em autorizada doutrina internacional²¹, não é o que melhor representaria, ao menos *de modo categórico*, a distinção, porque mesmo a atividade simples (não empresarial) requer ordem no seu desenvolvimento, ou seja, os atos, os bens e as práticas devem ser arranjados e dispostos de forma determinada e adequada à finalidade a que se destinam, caso contrário, a prestação da atividade está fadada ao insucesso. Se organizar é dispor, arranjar, de modo metódico e ordenado, as partes de um todo para que atenda à função a que se destina, mesmo aquele cuja atividade não se encaixa na definição de atividade empresarial, deve manter *práticas estabelecidas e preordenadas* para que sua atividade se avie e chegue a resultado econômico positivo.

Importante lembrar que a lei número 4.137/62, que tratava da repressão ao abuso do poder econômico (substituída pela lei n. 8884/94), foi a única entre nós que se ocupou de definir empresa. E sua definição, que se baseava na organização, incluía tanto as iniciativas civis, quanto as mercantis, evidenciando que o fator da organização é comum a ambas e, portanto, não pode servir como elemento

²¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Fattispecie* Empresário no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, nº 96, p. 11-20, mar. 2008, p. 12; COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 18, v.1; SZTAJN, Rachel, *op. cit.*, p. 127-135.

diferenciador²². A organização é um adjetivo da atividade prestada, mas não é a atividade. A organização como centro da empresa é um conceito afeito à economia e à sociologia, mas, não basta para a definição jurídica de empresa.

Afigura-se nos pleonástica a expressão “atividade econômica organizada”, vez que a organização é indissociável da noção de “econômica”. A definição de econômico abarca a ideia de tudo aquilo que é relativo à *economia*, à atividade produtiva ou ao *sistema* produtivo, à capacidade de gerar lucros. A economia, por sua vez, é vista como a *ciência* que trata dos fenômenos relativos a produção, distribuição e consumo de bens, ou seja, a *teoria* econômica, que se ocupa do *sistema produtivo* de um país ou região, da arte de bem administrar, da *organização dos diversos elementos de um todo*. Como conceber-se que algo se ocupa de um sistema sem que haja organização? Seria um paradoxo conceitual. Como chegar ao resultado econômico, sem organização? Ele não ocorre por acaso; é *perseguido*, é resultado de ações intencionalmente praticadas e, portanto, organizadas. Assim é que o adjetivo *organizada* para a atividade econômica se nos afigura como uma redundância de termos, empregada nesse caso de modo legítimo, para dar mais força e clareza à expressão e à ideia que ela representa.

Não nos parece apropriado encarar-se o fator da organização mencionado como uma *grande estruturação* em torno da prestação da atividade, posto, que se assim fosse, muitas iniciativas de natureza genuinamente empresarial deixariam de sê-lo por não atingir o *porte* de uma *organização*, não ostentar um *grande complexo* de bens e práticas. Desse modo, nesse particular, o ponto de diferença estaria, na verdade, no tamanho da iniciativa e não no fato de ser organizada ou não. E, como dito acima, a lei não exclui o caráter empresarial das pequenas iniciativas: ao contrário, prescreve-lhes tratamento mais apropriado.

Por outro lado, ainda em relação ao fator da organização, é forçoso reconhecer que há atividades de natureza não-empresarial que podem tomar grande vulto, tornando-se verdadeiras organizações, sem se descaracterizar.

²² Lei 4.137/62, artigo 6º - Considera-se empresa toda organização *de natureza civil ou mercantil* destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos.

E, por derradeiro, é preciso lembrar que, historicamente, o estabelecimento comercial sempre foi considerado como complexo *organizado* de bens, muito antes de se identificar a organização como traço diferenciador das atividades, quando diversas delas, que hoje são consideradas empresariais, não estavam sob a égide do direito comercial. Portanto, contrariando o pensamento corrente, não consideramos a organização como o que determina a qualidade empresarial de uma atividade.

E há uma razão para isso.

É, que como mencionado, preferimos tomar a própria lei como norma qualificadora da fixação da natureza empresarial da atividade. Essa opção se faz em razão da segurança e simplicidade, já que *não é necessário adicionar nenhuma complexidade* a tal critério²³.

Caminhemos alguns passos:

a) Quando o artigo 966 do Código Civil conceitua o empresário – de onde podemos inferir um conceito de empresa -, menciona que “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.*” Daí, que toda atividade econômica organizada que produza ou faça circular bens ou serviços detém o caráter jurídico de empresa.

Repita-se: a regra é, então, que toda e qualquer atividade econômica exercida tem caráter empresarial. Porém, para a fixação jurídica da natureza empresarial das atividades, tal constatação ainda não é suficiente.

É que o legislador usou a técnica da exclusão para determinar a questão. Ou seja, no *caput* do artigo 966 firmou, genericamente, a regra, mas, que é complementada pelo parágrafo único do artigo em comento.

²³ Segundo o princípio científico da *Navalha de Occam*, quando há várias soluções possíveis para um mesmo problema, a maior probabilidade de acerto está na mais simples: De todas as hipóteses possíveis para se atingir a solução de um problema, a que tem mais probabilidade de ser a verdadeira é a mais simples. A menos que seja necessário, não introduza complexidades ou suposições em um argumento. Não só o resultado será menos elegante e convincente, como também terá menos probabilidade de estar correto. *Pluralitas non est ponenda sine neccsitate* – A pluralidade não deve ser posta sem necessidade. Adaptado da Máxima da Navalha de Occam. Willian de Occam, *Quodlibeta*, Livro V, 1324. A NAVALHA DE OCCAM. Sociedade da Terra Redonda. Disponível em: <http://www.str.com.br/ca/laminaoccam.htm>. Acesso em: 19 fev.2004.

b) No texto do referido dispositivo (par. ún., art. 966) é que reside, na verdade, a diferenciação buscada: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual (...)”. Por exclusão, então, chegamos à perseguida distinção entre o que seja atividade de natureza empresarial – objeto, portanto, do ramo de direito sobre o qual nos debruçamos – e não-empresarial.

Assim, mesmo que a atividade seja *econômica, organizada e produza ou circule bens ou serviços*, se for de caráter intelectual, não será alcançada pelo direito de empresa.

Vai disto, as atividades intelectuais, quer sejam científicas, literárias ou artísticas não são alcançadas pelo direito de empresa. A razão disso, longe de atender “apenas a uma tradição antiga de privilégio concedido aos profissionais (...) liberais”²⁴ é que os resultados dessas atividades, ainda que produzam bens ou prestem serviços, são fruto de um esforço criador, originário da própria mente do autor ou autores, ou seja, as atividades de natureza científica, literária ou artística não têm caráter empresarial, porque, embora possam produzir ou circular bens ou serviços, esse resultado decorre da atividade criadora que nasce das habilidades intelectuais pessoais daqueles que as exercem. Os resultados de tais atividades, ainda que muito próximos entre si, não serão idênticos, não são passíveis da *massificação*. Tais atividades, pelas peculiaridades que se busca com seus resultados finais, exigem de seus praticantes uma dedicação individualizada: o médico aos seus pacientes, o engenheiro aos seus projetos, o advogado aos seus processos, o músico às suas composições, o pintor aos seus quadros, o escritor às suas obras *etc.*

c) No entanto, o mesmo dispositivo faz uma ressalva, ao seu final: se a atividade intelectual for praticada como *elemento de empresa*, passará a ter caráter empresarial, com todas as consequências que disso advém.

Então, importante compreender a noção do que venha a ser elemento de empresa.

Os dirigentes da atividade empresarial buscam coordenar uma série de fatores e variáveis para obter o lucro, para aviar seu estabelecimento empresarial. Para isso, lança mão dos mais variados meios e expedientes.

²⁴ Esta é a posição de MATTOS NETO, Antônio José, *op. cit.*, p. 11, com respaldo em GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1983, p. 413.

Por óbvio, o profissional intelectual tem o mesmo objetivo e se vale, igualmente, dos mais variados recursos, para captar, legitimamente, sua clientela. Quando os meios que utiliza estão circunscritos ao necessário para exercício de sua profissão intelectual, a característica da não-empresariabilidade está preservada.

Porém, se o profissional intelectual adiciona meios facultativos ou não essenciais para a exploração de sua atividade, agregando elementos excepcionais, torna a atividade elemento de empresa. Ou seja, enquanto mantém a atividade intelectual como foco principal e as variações como acessórias, não tem caráter empresarial. Mas, se, no afã de incrementar seus resultados econômicos, agrega tantos diferenciais não essenciais à prestação da atividade, de modo a tornar a própria atividade um elemento (ainda que importante) do conjunto das práticas oferecidas aos clientes, transforma sua atividade em empresarial.

Desse modo, desde que a atividade seja prestada de modo puro, sem se agregar a outras, ainda que conexas, *não constitui elemento de empresa* e está além das fronteiras do direito empresarial. Então, a atividade intelectual *constitui elemento de empresa* quando vem acompanhada daquilo que não seja inerente a ela.

Assim, para exercer a profissão intelectual, de natureza científica, de médico veterinário não é necessário que se mantenha uma farmácia de medicamentos destinados a animais, nem um salão de beleza com banho e tosa, nem um ambiente *pet shop*; o engenheiro civil pode exercer sua profissão intelectual sem, no entanto, precisar empreitar as obras que projeta; o médico cirurgião plástico não precisa oferecer em sua clínica, produtos de beleza ou serviços adicionais de estética; o escritor pode exercer sua profissão sem editar ou publicar obras de outros escritores; o pintor pode exercer sua profissão sem comercializar telas, pincéis, tintas; o advogado pode exercer sua profissão sem se dedicar à administração imobiliária e aí por diante.

d) Derradeiramente, também por ressalva legislativa contida no artigo 971 do Código Civil, a atividade rural, por opção, pode manter-se à margem do direito mercantil, salvo se constituir elemento de empresa.

Ante a diferenciação do que seja atividade empresarial e não-empresarial, hoje, interessam ao direito empresarial a produção e transformação de quaisquer tipos de bens, o comércio interno e exterior, o comércio de coisas corpóreas e incorpóreas, o comércio eletrônico, de valores, de riscos, a circulação de produtos, por via aérea, rodoviária, ferroviária, de cabotagem, marítima, o comércio fixo e o ambulante, a prestação de serviços, as negociações societárias, entre um vasto campo de assuntos.

Como bem situa Miguel J. A. Pupo Correia²⁵:

“A inclusão destas actividades no âmbito do direito comercial obedece a um certo conjunto de necessidades específicas, enquadradas numa visão sistemática, num determinado espírito: o direito comercial é enformado por uma concepção essencial [dos seus princípios].

E foi porque estas necessidades e interesses, que começaram por ser sentidas pelos comerciantes, passaram a outros sectores da economia, é que também se alargou a outras atividades, para além do comércio (em sentido econômico estrito), o âmbito disciplinador do direito comercial.

Aliás, tais necessidades e interesses têm o condão de imprimir características próprias ao direito comercial (...).”

Da caracterização da atividade empresarial decorrem as características peculiares do direito empresarial, por óbvio, já que aquela constitui, por essência, a fonte material do direito de empresa.

²⁵ CORREIA, Miguel J. A. Pupo, *op. cit.*, p. 34.

PRINCÍPIOS E MÉTODO DO DIREITO DE EMPRESA

De acordo com sua construção histórica e com as peculiaridades de seu objeto, o direito empresarial consagra princípios sobre os quais assenta seu regramento e que devem ser observados na sua elaboração e aplicação.

Podemos citar os princípios *da propriedade, da aparência, da publicidade do ato constitutivo, do livre estabelecimento, da livre circulação dos fatores da produção* também denominado *princípio da mobilidade de pessoas e mercadorias, da livre concorrência, da boa-fé, da sanção dos comportamentos desleais, da observância de usos e costumes, da autonomia da vontade, da prevalência do contrato, da uniformização das normas e da legitimidade do lucro.*

A par de seus princípios, o direito empresarial tem também *método* peculiar de estruturação. Como o direito empresarial se constrói observando as práticas adotadas pelos empresários, seu método é *indutivo*, justamente porque observa as partes para edificar o todo. Usam-se evidências concretas para generalizá-las, ou seja, a verdade obtida pelo método indutivo não exprime a totalidade, mas “conclui de um ou mais fatos particulares para todos os fatos semelhantes, presentes e futuros”²⁶.

Isso se explica pela necessidade de regular atos que sofrem constante e rápida evolução, como bem precisa Waldírio Bulgarelli²⁷, um dos autores que mais se aprofundou 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 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

²⁶ OLIVEIRA, Silvio Luiz de Oliveira. *Tratado de Metodologia Científica*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 61.

²⁷ BULGARELLI, Waldírio. *Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 16.

vida econômica, surpreendendo-lhe a dinâmica, e daí configurando as categorias jurídicas correspondentes.”

CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DE EMPRESA

É perceptível que o direito empresarial tem características bem marcantes, que não podem ser desconsideradas pelos agentes do direito, como: *dinamismo, agilidade, instrumentalidade, internacionalismo, onerosidade, massificação, simplicidade e fragmentarismo*.

Em decorrência de tais peculiaridades, determinadas pela matéria regulada, é que temos nos batido para que o direito de empresa mantenha seu tratamento específico²⁸.

²⁸ BRUSCATO, Wilges. Os Princípios do Código Civil e o Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, ano XLIV (Nova Série), n. 139, p. 50-75, jul/set.2005.

AUTONOMIA DO DIREITO DE EMPRESA

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 mercantis e pode, com isso, trazer desvantagens econômicas que terão reflexos negativos para toda a sociedade.

O direito empresarial vem sendo construído ao longo do tempo de acordo com os ditames dos fatos que se propõe a regular²⁹.

Regulamentar 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.

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 pode evoluir para o que hoje se pode chamar de direito empresarial. Essa evolução natural reflete, claramente, suas características de dinamismo e instrumentalidade. Sua autonomia não resulta, portanto, à evidência, de simples razões históricas e, sim, da necessária adequação do fato social.

Com a regulamentação do direito de empresa pelo Livro II do novo Código Civil, volta à baila a questão da autonomia do direito empresarial em relação ao direito civil.

É que com o advento do Código Civil brasileiro de 2002 o Código Comercial foi revogado em sua parte especial, restando vigente, apenas, sua Parte II, que trata do comércio marítimo, passando o diploma civilista a tratar da teoria geral do direito de empresa e societário. Isso fez com que se questionasse a *autonomia legislativa* do direito empresarial.

²⁹ “As normas do direito comercial sempre foram criadas (em quase sua totalidade) a partir dos 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.” ELIAS, Paulo Sá. *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*. São Paulo: Manole, 2003. p. 131-143.

Para avaliarmos a autonomia de um ramo do direito, devemos observar quatro critérios: legislativo, didático, doutrinário e científico.

Legislativamente, como parte do direito de empresa está regulada hoje no Código Civil, a autonomia é relativa.

Do ponto de vista didático, o direito de empresa é plenamente emancipado, posto que a disciplina é lecionada de maneira autônoma nas faculdades de direito, sendo uma das disciplinas profissionalizantes das diretrizes curriculares do Ministério da Educação para os cursos de direito no país.

A *autonomia doutrinária* do direito de empresa em nosso país é facilmente verificável, devido ao grande número de eméritos juristas que dedicam suas obras exclusivamente aos temas de direito empresarial.

Contudo, a nosso ver, o critério determinante da autonomia de uma especialidade do saber, que enseja a existência dos demais, é o *científico*, ou seja, o fato de se poder delimitar campo próprio, peculiar daquela disciplina, isolando seu objeto de maneira singular, seu método, suas características, princípios e fontes, mesmo que não possua uma legislação independente, uma sistematização legal exclusiva.

Desse modo, 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 próprios. Tal critério obedece ao *rigor científico da fixação de sua autonomia*. E a resposta é positiva: o direito empresarial possui campo próprio e vasto de estudo, havendo princípios e institutos que lhe são peculiares.

Como coloca Waldírio Bulgarelli³⁰, “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 (...)” a existência independente deste ramo do direito. De outro modo, com a idêntica modificação legislativa ocorrida na Itália de 1942, já não mais subsistiria o *diritto commerciale*.

³⁰ BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 47.

Autônomo que é, o direito empresarial não poderia deixar de se relacionar com várias outras disciplinas jurídicas e não jurídicas: com o próprio *direito civil*, com os direitos *constitucional*, *tributário*, *do trabalho* e *processual do trabalho*, *penal* e *processual penal*, *administrativo*, *ambiental*, *econômico*, *do consumidor*, *internacional* e *processual civil*, bem como com outros ramos do conhecimento, como a sociologia, a história, a filosofia e a lógica, as novas tecnologias científicas, a psicologia, a antropologia, a hermenêutica e, de modo acentuado, a administração, a contabilidade e a economia.

FONTES DO DIREITO DE EMPRESA

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

Fontes do direito são os regramentos pelos quais se manifesta a ordem jurídica.

As *fontes históricas* do direito empresarial se referem a textos e documentos encontrados desde a antiguidade, como registrado no breve histórico traçado no item 1.2 desta Parte II do curso. Como exemplos, pode-se recordar o Código de *Hamurabi*, o *Digesto* do direito romano, o *Consulato del Mare*, os estatutos das corporações de mercadores, o Código Napoleônico, o Regulamento 737, as Partes I e III, revogadas, do nosso Código Comercial. Enfim, escritos, que de alguma forma, contribuíram para a formação do direito empresarial atual.

As *fontes materiais* são os elementos que concorrem para a criação das leis de cunho empresarial e que *determinam as especificidades deste ramo jurídico*. Podemos 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 sociedades anônimas, lei de recuperação de empresas e falências, lei do cheque, Lei Uniforme de Genebra, a lei civil em relação aos contratos e obrigações e à teoria geral do direito de empresa e do direito societário, os regramentos dos contratos mercantis, lei de marcas e patentes *etc.*), além dos contratos entre as partes, de acordo com os princípios da autonomia da vontade e da prevalência dos contratos. São as chamadas *fontes formais primárias*.

Em nosso entender, integram as *fontes formais secundárias* os usos e costumes, as leis civis, penais, administrativas *etc.*, aplicadas subsidiariamente, a analogia, a equidade, os princípios gerais de direito, bem como a jurisprudência e a doutrina, tendo em vista o caráter indutivo do direito empresarial.

Ressalve-se que há entendimentos que não consideram a jurisprudência e a doutrina como fontes de direito³¹. No entanto, não se pode deixar de considerar que a posição jurisprudencial sobre um assunto, mormente se sumulada, acaba por determinar decisões posteriores. Já o ensinamento doutrinário fez avançar a aplicação de questões como, por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica e a teoria da empresa entre nós, quando a lei ainda estava longe de prescrevê-las.

Sobre os *usos e costumes* é bom frisar que são práticas de uso público reiterado em matéria empresarial, que acabam sendo acatadas como lei entre os participantes dos negócios, são os usos interpretativos ou convencionais. Caracterizam-se pela prática repetida e contínua e pela compreensão uniforme entre os contratantes, não contrariando a lei. A incorporação dos usos no direito empresarial preserva o seu caráter heterointegrador, como mencionado por Calixto Salomão Filho³².

Os usos e costumes podem ser assentados pelo Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. O registro se dá nas Juntas Comerciais de acordo com o contido no artigo 8º, inciso VI da lei nº 8.934/94.

³¹ “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.” BULGARELLI, Waldírio, *Direito...*, p. 80-81. Ricardo Negrão, em sua obra *Manual de Direito Comercial e de Empresa*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 11-20, sequer menciona a doutrina e jurisprudência quando trata das fontes do direito comercial.

³² SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Fattispecie...*, p. 13.