

Este material foi adaptado pelo laboratório de acessibilidade da universidade federal do rio grande do norte, em conformidade com a lei 9.610 de 19/02/1998, capítulo IV, artigo 46. Permitindo o uso apenas para fins educacionais de pessoas com deficiência visual. Não podendo ser reproduzido, modificado e utilizado com fins comerciais.

Revisado por: Leila Beatriz
Natal, agosto de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Introdução. In _____ **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 31-40

Página 31

INTRODUÇÃO

Página 32

O NOVO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

Página 33

1. PRINCÍPIOS E REGRAS

Há duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios.

As regras se encontram em dispositivos expressos na Constituição, nas leis, decretos e demais normativas. Podem corresponder ao que está determinado num artigo, parágrafo ou inciso específico, isoladamente interpretado. Muitas vezes, porém, uma única regra abriga-se em dois ou mais dispositivos e a interpretação conjugada deles é que nos fornecerá o comando normativo.

Por exemplo, a regra que define onde o empresário deve se registrar está num único dispositivo: o art. 1.150 do CC estabelece que o empresário se vincula às Juntas Comerciais, Já a regra que conceitua quem é empresário resulta da conjugação de vários dispositivos do CC: para delimitar exatamente quais sujeitos são considerados legalmente empresários, o intérprete precisa conjugar o *caput* do art. 966 e seu parágrafo único com os arts. 971 e 982 do CC. De um modo ou de outro, isolada num dispositivo ou espalhada em dois ou mais, as regras são sempre *expressas* no ordenamento jurídico.

Por seu turno, os princípios são normas jurídicas enunciadas em dispositivos constitucionais ou legais (princípios expressos), ou não (princípios implícitos). O princípio da livre concorrência se *expressa* no inciso IV do art. 170 da CF, enquanto o da autonomia patrimonial das sociedades empresárias *decorre* da classificação destas como pessoas jurídicas, no art. 44, II, do CC.

Quando se diz que as normas podem ser *princípios* ou *regras*, isso significa que tanto eles quanto elas estabelecem padrões de conduta, que orientam as decisões dos juízes, para a superação de conflitos de interesse manifestados nos processos judiciais. Na grande maioria dos casos, as regras são suficientes para o juiz decidir; nos casos difíceis, contudo, os princípios dão a orientação mais adequada.

Outra diferença entre regras e princípios diz respeito ao modo como as normas são aplicadas.

Página 34

Diante de um conflito de interesses concreto, uma regra deve necessariamente ser aplicada se tiver conteúdo relevante, se estiver vigente e se for válida. Por outro lado, se o fato acontecido não se enquadrar no âmbito de incidência dela (conteúdo irrelevante), se tiver sido revogada (perdeu vigência) ou for inconstitucional (inválida), a regra não pode ser aplicada. Quando a norma é um princípio, no entanto, a aplicação segue lógica diversa. Ele será aplicável se for *importante* naquele caso em julgamento. O maior ou menor *peso* do princípio é que determina se esta norma deve ou não ser aplicada.

Compreende-se bem essa diferença na hipótese de choque entre normas.

Se duas regras são antagônicas, verifica-se a *antinomia*. Esse tipo de choque resolve-se com a identificação de qual das duas normas pertence ao ordenamento jurídico. Na antinomia, só uma das regras em choque é realmente jurídica, a outra não é. Decide-se a questão por meio dos critérios cronológico (a regra posterior *revoga* a anterior), hierárquico (a regra superior *invalida* a inferior) ou de especialidade (a regra especial *afasta* a geral).

Por outro lado, se dois princípios são antagônicos, ocorre *colisão*, um tipo de choque entre normas diferente da antinomia. A importância do princípio guiará o juiz. Assim, ele pode resolver de modo oposto dois casos difíceis se-

melhantes, se, no primeiro, um dos princípios conflitantes tiver mais peso e, no segundo, o outro se mostrar mais importante.

2. A ARGUMENTAÇÃO POR PRINCÍPIOS

Entender os princípios como uma espécie de norma jurídica, expressa ou implicitamente contida no ordenamento vigente, é algo bastante recente: aconteceu na segunda metade do século XX. Até então, os princípios jurídicos eram entendidos como algo *externo* ao direito positivo e com uma função muito pequena, porque serviam apenas como o derradeiro critério de solução das lacunas do direito, depois da analogia e dos costumes (LINDB, art. 4º).

Atualmente, num mundo em que as relações econômicas e sociais são muito complexas, os conflitos de interesse não se conseguem solucionar mais apenas com as regras jurídicas, razão pela qual o recurso aos princípios se tornou necessário. A “argumentação por princípios” passou a ser, assim, extremamente comum em petições, recursos, pareceres e decisões judiciais.

Mas, se não é mais possível resolver, hoje, certos conflitos de interesse apenas a partir das regras, isso não significa que o direito possa ser reduzido a um conjunto de princípios. As normas jurídicas não podem ser exclusivamente principiológicas. É um enorme equívoco, que tem causado muitos males à economia brasileira, deixar de se aplicar uma regra pertinente, vigente e válida, argumentando-se que ela estaria em contradição com um princípio.

Página 35

Se há regra, o princípio norteia a interpretação dela, nos permite compreender os seus fundamentos e a complementa; mas o princípio nunca pode substituir a regra válida, afastando sua aplicação.

Não há hierarquia entre princípios e regras. Um princípio constitucional é superior à regra contida na lei ordinária, mas uma regra da Constituição é superior ao princípio expresso em lei. Se princípio e regra estão na mesma lei, aplica-se a regra, e não o princípio.

3. OS PRINCÍPIOS DE DIREITO COMERCIAL

Os princípios de direito comercial se classificam de acordo com três critérios: positividade, hierarquia e abrangência.

Segundo a *positivação*, os princípios podem ser expressos ou implícitos. Será expresso quando estiver enunciado num ou mais dispositivos no ordenamento jurídico. O princípio do tratamento favorecido das empresas de pequeno porte, por exemplo, é expresso, porque se encontra sua enunciação no art. 170, IX, da CF. Já o princípio da intangibilidade do capital social é implícito, porque não está enunciado em nenhum dispositivo, mas decorre das normas sobre o tema prescritas nas leis de direito societário.

Segundo a *hierarquia*, classificam-se os princípios em constitucionais ou legais. No primeiro caso, são normas hierarquicamente superiores, porque se encontram (expressa ou implicitamente) na Constituição Federal, diploma fundamental do ordenamento jurídico, que nenhuma outra norma pode contrariar. No segundo caso, os princípios são legais por se encontrarem numa lei (que pode ou não ter a natureza de Código), e devem ser naturalmente compatíveis com a Constituição. Por exemplo: o princípio da função social da empresa é constitucional, porque decorre da função social da propriedade (CF, art. 170, III), enquanto o princípio da preservação da empresa é legal, por se encontrar na lei de falências e recuperação de empresa (LF, art. 47).

E segundo a *abrangência*, eles são comuns ou específicos. Os princípios comuns abrangem todo o direito comercial, enquanto os específicos dizem respeito a um dos desdobramentos desse ramo jurídico. Assim, o princípio da livre-iniciativa é comum, porque orienta a solução de conflitos de interesses entre empresários de qualquer natureza (societário, contratual, falimentar etc). O princípio da autonomia das obrigações cambiárias é exemplo de princípio específico, por se aplicar unicamente aos conflitos de interesses que envolvem títulos de crédito.

Página 36

Nesta introdução, serão examinados os princípios comuns. À frente, estudaremos os princípios específicos do direito societário (*Cap. 9*, item 6), cambiário (*Cap. 16*, item 2), aplicável à crise da empresa (*Cap. 24*, item 1, e *Cap. 30*, item 1) e contratual empresarial (*Cap. 32*, item 6).

4. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA

A Constituição Federal organizou a economia brasileira segundo o modelo capitalista, também chamado de *livre mercado*. O que significa isso? O que determina a Constituição Federal, em essência, quanto à organização econômica?

A implicação mais evidente da ordem econômica capitalista estabelecida pela CF é a atribuição aos particulares de uma incumbência muito importante; a de organizar empresas que forneçam os produtos e serviços de que todos nós precisamos ou que queremos.

Na ordem capitalista constitucionalmente estabelecida, as necessidades e querências das pessoas em geral só serão atendidas se algumas delas (os empresários) tomarem a *iniciativa* de montar empresas que produzam ou comercializem as correspondentes mercadorias ou serviços. Desse modo, roupas, calçados, comidas, bebidas, entretenimentos, lazeres, viagens, medicamentos, tratamentos médicos, transportes, equipamentos esportivos, móveis, utensílios, joias, informações, livros, educação, computadores, energia, meios de comunicação e o mais de que precisamos para viver (ou simplesmente queremos, posto não sejam necessários) não estarão ao nosso alcance se, antes de tudo, certas pessoas não tiverem a iniciativa de produzir e circular tais bens ou serviços.

É certo que a Constituição Federal reservou ao Estado o atendimento a determinadas necessidades, como a defesa nacional, justiça, saneamento básico e outras. Mas mesmo esses “serviços públicos” só podem ser inteiramente atendidos graças à iniciativa de empresários. O armamento do exército, o computador do juiz e as obras da rede de esgoto são adquiridos pelo Estado de empresas particulares.

Essa incumbência dada pela Constituição Federal aos particulares (como se dissesse: “*organizem empresas para produzirem e comercializarem os produtos e serviços que atendam às necessidades e vontades de todos*”) é a essência do princípio da liberdade de iniciativa. Dele decorrem claras e fundamentais implicações jurídicas.

Um desdobramento do princípio da livre-iniciativa é o reconhecimento da busca do *lucro* como o principal fator de motivação dos particulares. Com o princípio da livre-iniciativa, os constituintes fizeram um verdadeiro *chamamento* àquelas pessoas imbuídas de espírito empreendedor.

O que as motiva a atenderem à convocação da Constituição é a busca de lucro, gerado pela exploração regular e lícita de atividades empresariais. Ter o objetivo de lucrar com o fornecimento ao mercado de bens e serviços, assim, deve ser visto como algo não apenas legítimo, como até mesmo importante, valioso.

Quem atende ao chamamento da Constituição e organiza uma atividade econômica irá necessariamente assumir *riscos*. Não há como produzir ou comercializar bens ou serviços sem investir recursos materiais, humanos, tecnológicos etc. E o investimento pode se perder por completo, caso a empresa não dê certo; esse *risco empresarial* é impossível de se neutralizar ou reduzir. A busca do lucro e a assunção do risco são indissociáveis.

Decorre, assim, da livre-iniciativa o reconhecimento da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado. Não é possível (nem conveniente) poupar o empresário do risco empresarial. Se a empresa não dá certo por razões econômicas, ele deve suportar inteiramente as consequências de sua iniciativa, perdendo o investimento feito, falindo etc. Mas o empresário deve ser protegido dos riscos sem fundo econômico, isto é, os de ordem institucional. Interpretações ampliadas da lei que geram insegurança jurídica no ambiente de negócio são exemplos de riscos não econômicos, dos quais o empresário deve ser protegido pelo direito em vigor.

A proteção jurídica do investimento privado é imperativo da incumbência constitucional dada à iniciativa privada. Quem incumbe certa tarefa a outrem, deve garantir os meios adequados para o cumprimento desta. A lei, portanto, para dar concretude ao princípio constitucional da livre-iniciativa, deve disponibilizar aos empresários instrumentos de segregação de risco. A limitação da responsabilidade dos sócios na sociedade anônima e na limitada, o patrimônio de afetação, a alienação fiduciária em garantia e outros tantos institutos visam alocar os riscos empresariais de modo eficiente e racional. A efetividade desses instrumentos jurídicos é condição essencial para o funcionamento da economia de livre mercado, porque representam os meios

que os empresários têm para se desincumbirem da tarefa constitucional que lhes foi atribuída.

5. PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A liberdade de concorrência é princípio constitucional, expresso e comum. Há determinados institutos do direito comercial que *diretamente* garantem ao empresário o direito de livre empreender. São os que coíbem a concorrência desleal e a infração contra a ordem econômica (*Cap. 2, item 2*).

Página 38

Mas a livre concorrência está também garantida *indiretamente*, por meio de outros institutos.

No campo do direito contratual, por exemplo, a existência de regime jurídico próprio para os contratos entre empresários está ligado ao princípio da livre concorrência. Nos contratos empresariais, a revisão judicial das cláusulas contratadas deve ser excepcionalíssima, muito menos recorrente do que se verifica nos contratos de consumo ou mesmo nos de direito civil. Assim deve ser para assegurar a livre concorrência como baliza da ordem econômica.

Explico. A competição empresarial está baseada numa equação fundamental: os *empresários que tomam as decisões acertadas devem ser premiados com o lucro e os que tomam as decisões equivocadas devem suportar os prejuízos*. Quando o juiz deixa de observar essa equação, dá ensejo à grave distorção na economia.

Imagine a situação de dois empresários ligados por um contrato em que o preço contratado está sujeito à variação cambial. O devedor tomou a decisão de se obrigar nessa condição, por avaliar que a moeda nacional continuaria estável ou iria valorizar. O credor, por sua vez, tomou a decisão de conceder crédito sujeito à variação cambial porque capta recursos em moeda estrangeira. Se ocorrer a desvalorização do real, a decisão do devedor se mostrará equivocada; e a decisão do credor, acertada. Pela equação básica da competição econômica, este credor deve ser premiado com o lucro por ter tomado a decisão correta; e aquele devedor tem que suportar as perdas de sua decisão errada.

Mas se, numa ação de revisão deste contrato, o juiz viesse a dispensar o devedor de arcar inteiramente com a desvalorização da moeda, ele iria “tirar”

um pouco do prêmio do empresário que acertou (o credor) para “dar” ao que errou, distorcendo inevitavelmente a equação básica da competição empresarial. Essa decisão seria inconstitucional, por desrespeitar o princípio da livre concorrência.

6. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A Constituição Federal consagra o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170,III). Como não ressalva nenhum tipo de propriedade, o princípio é aplicável à dos bens de produção. Quer dizer, a propriedade dos bens de produção, como a de qualquer outro bem, deve cumprir sua função social. Os bens de produção, compreendidos de modo bastante largo, são os reunidos e organizados no interior da empresa industrial, comercial, agrícola, de prestação de serviços etc.

Página 39

O princípio da função social da empresa é, assim, uma decorrência necessária do princípio da função social da propriedade. Eles têm a mesma hierarquia constitucional. Deste modo, nenhuma lei pode suprimir ou limitar a função social da empresa.

No plano legislativo, desde 1976, é determinado ao controlador da sociedade anônima que utilize o seu poder para que a companhia cumpra a função social (LSA, art. 116, parágrafo único); também o administrador tem o dever de exercer suas atribuições com atenção a esse objetivo (art. 154). O legislador, em 2005, mencionou a promoção da função social como uma das finalidades da recuperação judicial das empresas em dificuldades (LF, art. 47).

Quando a empresa cumpre a sua função social? A resposta a essa questão não está enunciada em nenhum preceito legal, como seria conveniente. Afinal, enquanto o Poder Legislativo não delimitar o princípio da função social da empresa, estabelecendo o que caracteriza seu cumprimento, abre-se ao Poder Judiciário um imenso leque de alternativas para dar concretude ao mandamento constitucional.

Para se evitar a insegurança jurídica, a lei deveria prescrever, de modo expresso, que a empresa cumpre a função social quando contribui para o desenvolvimento econômico, local, regional, nacional ou global, mediante

exploração de sua atividade, feita com rigorosa observância dos direitos dos trabalhadores e consumidores, bem como das normas de direito ambiental e tributário.

Para que cumpra a função social, não é necessário que a empresa gere novos postos de trabalho, nem mesmo que, vindo a atravessar dificuldades, mantenha os que tiver gerado. Também não se exige que ajude a comunidade vizinha aos seus estabelecimentos empresariais ou promova ações culturais ou educacionais. Função social não se confunde com *responsabilidade social* da empresa: enquanto o cumprimento daquela é mandamento constitucional, o desta é mera faculdade.

7. O DIREITO COMERCIAL PRINCIPIOLÓGICO

O novo direito comercial brasileiro é principio lógico. Isso significa dizer que os princípios ganham maior centralidade nos argumentos jurídicos construídos por advogados e juízes, em torno de conflitos de interesses envolvendo empresários. A incorporação, pelo direito comercial, da argumentação por princípios não é exclusividade desse ramo jurídico. Ao contrário, o direito comercial talvez seja um dos últimos ramos a passar por essa profunda transformação, iniciada no campo do direito público, na redemocratização dos anos 1970.

Página 40

Para o direito comercial, a adoção da argumentação por princípios é particularmente importante, porque certas regras nucleares desse ramo jurídico estavam começando a perder a eficácia. Como a grande maioria dos profissionais especializados nos demais ramos habituaram-se a argumentar dando centralidade aos princípios, a insistência dos comercialistas em ignorá-los gerava apenas o isolamento e o descrédito de seus argumentos.

Considere-se, por exemplo, a regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade anônima ou limitada. Essa norma não tem sido aplicada por alguns juízes, que não compreendem bem os seus fundamentos e objetivos. Apenas argumentos assentados no princípio comum da livre-iniciativa, e no específico da autonomia patrimonial das sociedades empresárias, poderão reavivara importância dessa regra fundamental do direito

societário. Somente a argumentação por princípios demonstrará que a eficácia dessa regra atende *primariamente* aos interesses da generalidade dos brasileiros, os consumidores e trabalhadores.

Afinal, na economia globalizada dos nossos tempos, o empresário tem o mundo todo para investir. Não há barreiras significativas que impedem o investimento além das fronteiras nacionais. Assim, se o empresário não estiver satisfeito com o desprestígio atual da regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais no Brasil, ele poderá facilmente redirecionar suas opções de investimento, levando seu capital para outros países. Aqui ficarão apenas os empresários que concordarem em assumir um risco maior (de índole institucional), o de virem a ser surpreendidos por uma decisão judicial que despreza a regra legal da limitação da responsabilidade.

Esses empresários dispostos a assumirem maior risco, no entanto, só se contentam com perspectivas de retornos igualmente mais elevadas, que dependem, naturalmente, do fornecimento *por preços maiores* dos mesmos produtos e serviços encontrados em outros países. Os ambientes de negócio em que os juízes aplicam a regra da limitação da responsabilidade dos sócios acabam atraindo os investimentos que se satisfazem com lucros moderados. Percebe-se então, que, na economia globalizada, a eficácia da regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais interessa, *principalmente*, aos consumidores e trabalhadores brasileiros. Estes, ao contrário dos empresários, não têm o mundo todo para consumir ou trabalhar.