

1. Evolução Histórica do Direito Empresarial

Origens históricas

A história e a própria concepção do Direito Comercial e Empresarial, é conturbada e, dada a sua antiguidade, difícil de ser totalmente compreendida em seus primórdios. Sabemos, no entanto, que o comerciante era, na Roma Antiga, um indivíduo à margem da sociedade (sequer era considerado cidadão), mas mesmo assim figurava nas normas legais do Estado, devido às estreitas ligações com a metrópole¹. A eventual queda de Roma mudou drasticamente a situação destes indivíduos, que antes eram tidos como párias e descartáveis e agora são os detentores dos bens e necessidades mais básicos para a sobrevivência (comida, por exemplo), e começam a organizar-se em associações que crescem, prosperam, e controlam as relações comerciais entre si, inclusive com suas próprias “leis”. Com o passar do tempo, as associações crescem em poder, exigindo taxas, registro de admissão, etc., distanciando os comerciantes do “homem comum”.

Código Napoleônico

Com a expansão territorial e as descobertas do “Novo Mundo”, o comércio aumenta e as associações estão mais fortes do que nunca. O Código Napoleônico é o marco mais importante da época, por codificar e emprestar uma aparência legítima a muito do que era, até então, baseado nos costumes. O diploma também inovou ao focar não no “comerciante”, mas sim nos “atos de comércio”. O comerciante agora não era mais uma classe social, mas sim uma profissão.

O novo Código Civil e o Direito Empresarial

No Código Civil brasileiro de 2002, há uma nova mudança de paradigma – o Direito Comercial é extinto e dá lugar ao Direito Empresarial, que engloba não apenas o comércio, mas toda atividade relacionada a tal. O comerciante dá lugar à nova figura central no direito: a empresa e o empresário.

Nesta nova sistemática, o comerciante (empresário) não é definido pelos “atos” que pratica, mas sim pela estrutura de empresa. A mudança é importante porque com a classificação antiga, muitos empreendedores (em especial, na área de prestação de serviços) simplesmente não tinham respaldo das leis, benefícios e incentivos aos comerciantes simplesmente por não estarem enquadrados no rol taxativo dos atos de comércio.

Estatísticas no Brasil (em 2015)

Em 2015, as estatísticas apontam para a existência 22 milhões de empresas (formais).

Destas, 97% são pequenas ou microempresas (faturamento de até 360 mil/ano). Representam 20% do PIB e empregam 51% dos trabalhadores em regime CLT.

90% delas são constituídas na forma limitada.

6% são individuais (MEI).

31% destas empresas fecharão as portas em menos de 2 anos.

60% fecharão antes de 5 anos.

Os principais motivos do desastre:

1. Inexperiência do empreendedor.
2. Falta de capital de giro.
3. Carga tributária.
4. Gestão empresarial ineficiente, equivocada ou inexistente.

2. Empresa e Empresário

Conceito de Sociedade

Sociedade é o contrato celebrado, entre pessoas físicas ou jurídicas, por meio do qual elas se obrigam a fornecer bens e serviços para a composição de uma atividade econômica que visa a produção ou circulação de bens ou serviços.

Personalidade Jurídica

É a ficção, criada pelo Direito para facilitar as negociações do dia a dia, atribuindo para isso a capacidade de contrair direitos e obrigações à empresa. A personalidade jurídica nasce no registro do ato constitutivo (feito na Junta Comercial ou no Cartório, dependendo do caso – vide CC, art. 45), e tem como efeito atribuir a titularidade negocial à entidade, fazer com que ela tenha uma individualização própria (diferente das de seus sócios), atribuir a ela responsabilidade patrimonial e, por fim, possibilitar a alteração em sua estrutura organizacional, se assim for desejado pelos sócios.

1 Exemplo disso é a existência da ação pauliana (fraude contra credores), cuja origem estima-se que seja do pretor romano Paulus.

Atividades empresariais e seu regime jurídico

1. Empresário Individual (Ilimitada)
2. Empresário Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI (Limitada). Exige para sua constituição um capital equivalente a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente. Na prática, os empresários listam bens suficientes para a constituição da empresa e, uma vez constituída, retornam os bens para seu nome.
3. Microempreendedor Individual – MEI (Ilimitada). É restrita apenas aos casos previstos em lei, e o Microempreendedor individual pode possuir apenas um funcionário.
4. Sociedade Simples (profissional; Ilimitada)
5. Sociedade Unipessoal de Advocacia (Ilimitada)
6. Sociedades Empresariais (Limitada)

Sociedade Limitada x Ilimitada

A diferença é que na sociedade de responsabilidade limitada, há total separação do patrimônio da empresa e de seus sócios, o que a grosso modo significa dizer que o patrimônio destes não será atingido nas ações de cobrança. No caso da ilimitada, os sócios detém o benefício de ordem, e seu patrimônio será acionado apenas se o patrimônio da empresa não for suficiente para arcar com todas as obrigações.

É importante observar que nas causas trabalhistas e na cobrança de impostos, o patrimônio dos sócios da sociedade limitada responderá, como se ilimitada fosse.

Abuso da Personalidade Jurídica (art. 50, CC)

São os casos em que os sócios abusam do manto protetivo fornecido pela personalidade jurídica, seja através do desvio da finalidade da empresa (ex: comércio de alimentos que, na verdade, vende pneus) ou quando ocorre a confusão patrimonial, entre o patrimônio da empresa e de seus sócios (ex: viagem de férias paga com cartão da empresa; uso regular de espaço físico, materiais e equipamentos da empresa para fins pessoais, sócio com pró-labore mínimo, mas que “saca” somas vultuosas diretamente do caixa da empresa, etc.)

Desconsideração da Personalidade Jurídica

Nos casos em que a sociedade comete abusos (vide acima), é possível que seja feita a desconsideração da personalidade da empresa, com objetivo de atingir o patrimônio de seus sócios. A desconsideração não significa a extinção da personalidade jurídica; significa apenas ignorá-la, em atos específicos, para atingir seus sócios.

Caracterização do Empresário (CC, art. 966)

De acordo com o texto do artigo 966 do Código Civil, conseguimos extrair as principais características do empresário:

1. **“exerce profissionalmente”**: Exercer profissionalmente determinada atividade engloba a *habitualidade* (lembre-se: “habitual” não é, necessariamente, “diário”), a *personalidade*², e o *monopólio das informações*, visto que é o empresário que tem acesso total e irrestrito sobre as informações estratégicas de seu empreendimento.
2. **“atividade econômica”**: Em outras palavras lucro. A empresa distingue-se de outras pessoas jurídicas, como as associações e fundações, por ter como objetivo principal de sua existência o lucro.
3. **“organizada”**: Refere-se à estrutura de empresa, como a necessidade de mão de obra, capital, insumos, energia, etc. Todo este aparato requer uma organização e controle pormenorizados para viabilizar a atividade empresarial.
4. **“produção ou circulação de bens e serviços”**: É neste ponto que se encontra a grande novidade no ordenamento jurídico: a inclusão das empresas prestadoras de serviço como empresários, categoria que era ignorada pelo Direito Comercial.

Quem pode ser empresário?

De acordo com o CC, art. 972, todos os legalmente capazes podem ser empresários, exceto os que estão legalmente impedidos. Na prática:

1. **Servidores públicos**: É vedado aos servidores públicos a atividade empresarial. Podem apenas ser sócios cotistas de empresas.
2. **Médicos**: Não podem, em hipótese alguma, ser sócios de farmácias.
3. **Militares da ativa**: Não podem, em hipótese alguma, exercer atividade empresarial ou fazer parte em sociedade. Não se aplica aos policiais militares, apenas às forças armadas.
4. **Falido**: É o empresário que não foi capaz de cumprir com suas obrigações. No caso da responsabilidade ilimitada, são impedidos de exercer atividade empresarial até que suas obrigações sejam extintas. O raciocínio é que aquele que deve na praça não dispõe de bens para iniciar um novo empreendimento.

2 Divergência doutrinária: a maioria da doutrina entende que a personalidade não significa que o empresário deve manter-se presente sempre fisicamente; recursos modernos, como as videoconferências, sistemas informatizados, e afins permitem que o empresário exerça a marca da personalidade até mesmo da sala de estar de sua casa. **Em sentido contrário** se posiciona Fábio Ulhôa Coelho, que entende como necessária a presença física do empresário em seu empreendimento.

Menores de Idade

O menor incapaz não pode ser empreendedor individual, mas pode ser sócio, observadas algumas restrições:

1. Pelo menos um dos sócios deve ser capaz.
2. O menor não pode assumir obrigações perante a sociedade.
3. O menor tem que pagar sua entrada na sociedade integralmente.

Estrangeiros

O estrangeiro sem o visto permanente, em regra³, não pode ser empresário ou sócio. Os que possuem o visto podem ser empresários, exceto nas seguintes hipóteses:

1. **Empresas jornalísticas ou de radiodifusão:** Só podem ser proprietários os brasileiros natos ou os naturalizados há mais de dez anos ou pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e com sede no país.
2. **Jazidas, recursos minerais em geral e potenciais de energia hidráulica:** São propriedades da União, que garante aos concessionários o produto da lavra.
3. **Aquisição ou arrendamento de propriedade rural:** Especialmente no caso do arrendamento, a lei determina uma série de restrições, entre elas a obrigatoriedade do estrangeiro em dar vazão ao insumo produzido.

Quem não é empresário (CC, art. 966, § único)

Aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que ajudado por assistentes ou funcionários, não é considerado empresário, exceto quando se profissionaliza. Em geral isso acontece quando a importância relativa da “pessoa” dá lugar à “instituição”. Exemplo: o médico que tem um consultório não é empresário, porque sua ausência implica interrupção do serviço prestado. Uma clínica médica, no entanto, não para suas atividades quando um ou outro médico não estão presentes – a entidade tem vida própria, se profissionalizou. Quem vai no consultório, vai por causa do Dr. Fulano; quem vai à clínica quer apenas ser atendido nela, pouco importando por quem. Outro exemplo é a Disney: seu criador já morreu a décadas, mas as obras continuam a ser produzidas – a personalidade da empresa sobreviveu à de seu criador.

Exceção: Advogados e escritórios de advocacia, pela legislação brasileira, nunca são considerados empresas ou empresários.

Sócio ou empresário impedido – sanções

Se a pessoa impedida exercer atividade empresarial, sua sanção é ter que cumprir com as obrigações contraídas ilimitadamente, e desconsiderando o benefício de ordem (CC, art. 1024). Isso significa que se, hipoteticamente, um médico tornar-se sócio de uma farmácia, sua pena será cumprir com as obrigações que contraiu, mas a personalidade jurídica será desconsiderada (mesmo para as empresas limitadas) *apenas em relação a ele* (os demais sócios não são afetados), além de perder o benefício de ordem e poder ter seu patrimônio atingido antes mesmo do patrimônio da empresa.

Sociedade Estrangeira

A sociedade estrangeira só poderá funcionar no Brasil com autorização do poder executivo (CC, art. 1.134). Na prática, o que as empresas multinacionais fazem é abrir uma nova empresa no Brasil (ex: Ford do Brasil), e tornar a empresa estrangeira acionista majoritária. Desta maneira, a empresa mantém o controle sem precisar passar pelo longo e tortuoso caminho burocrático exigido pela lei brasileira.

Prepostos (CC, art. 1.169)

Preposto é aquele que, mediante autorização, representa o empresário ou representante da empresa em determinados atos. A empresa e o empresário respondem integralmente pelos atos praticados por seus prepostos, incluindo as obrigações contraídas. Os principais prepostos são:

1. **Gerente:** pessoa que exerce cargo de confiança, administrando a empresa na ausência do empresário. O empresário não é obrigado a ter gerentes, mas com o crescimento da empresa, sua presença se torna necessária para coordenar os trabalhos e resolver questões operacionais do dia a dia. De acordo com a CLT, o gerente deve ganhar, no mínimo, 40% a mais que os demais empregados.
2. **Contador:** pessoa responsável pelos registros contábeis da empresa. Apesar de não ser obrigatório perante a lei, na prática toda empresa deve ter um contador, pois mesmo atos básicos exigidos para a constituição e operacionalização são executados privativamente por estes profissionais.

Atividades empresariais

“Empresa não é local”, é atividade. O local, que costuma ser chamado de empresa, na verdade é o estabelecimento. A atividade empresarial divide-se em:

1. **Empresa comercial:** aquela cuja tarefa principal é comprar e vender, seja para atacado ou para o varejo.
2. **Empresa industrial:** o foco desta empresa não é a compra e venda de um produto pronto, mas sim a transformação de insumos em novos produtos.

³ Exceção: Membros do MERCOSUL, cujo visto para permanência no Brasil não é necessário.

3. **Empresa industrial e comercial:** Empresa que exerce, igualmente e ao mesmo tempo, as atividades dos dois tipos de empresa citados acima.
4. **Empresa prestadora de serviços:** Empresa cujo foco é fornecer serviços, e não produtos a seus consumidores. Sua inclusão no rol de atividades empresariais foi a grande novidade do Código Civil de 2002.
5. **Empresa de agronegócio:** É o caso do empresário que possua como profissão a atividade rural. De acordo com o art. 971 do Código Civil, este empresário pode requerer o cadastro e equiparar-se, em todos os sentidos a um empresário “convencional”. Não é necessário ter grande porte para se beneficiar do cadastro; mesmo o pequeno produtor, se profissional, poderá se inscrever.