

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 30

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2022

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Ricardo Villela Mafra Alves da Silva, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Campinho e Prof. Vitor Augusto José Butruce).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Ana Frazão (UNB), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmen Tiburcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Monsèrié-Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto e Mariana Pinto (coordenadores). Guilherme Vinseiro Martins, Leonardo da Silva Sant'Anna, Livia Ximenes Damasceno, Mariana Campinho, Mariana Pereira, Mauro Teixeira de Faria, Nicholas Furlan Di Biase e Rodrigo Cavalcante Moreira.

PARECERISTAS DESTA NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Carlos Eduardo Koller (PUC-PR), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Fernanda Versiani (UFLA), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida (UNIRIO), Marcelo de Andrade Féres (UFMG), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Raphaela Magnino Rosa Portilho (UERJ), Ricardo Villela Mafra Alves da Silva (UERJ), Rodrigo da Guia Silva (UERJ), Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (UFJF), Thalita Almeida (UERJ) e Vitor Butruce (UERJ).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 30 (janeiro/junho 2022)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

O DIREITO DA EMPRESA E SUA LEITURA CONSTITUCIONAL: UMA DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA¹

THE COMMERCIAL LAW AND ITS CONSTITUTIONAL READING: A NECESSARY LIMITATION

*Yago Aparecido Oliveira Santos**

Resumo: A partir da análise da relação entre Constituição e Direito Privado, o artigo aborda quais os impactos da leitura constitucional em relação ao Direito Empresarial, traçando, primeiramente, quais são os vetores que caracterizam o direito da empresa e o diferencia dos outros ramos do Direito Privado, para, assim, estabelecer as distinções da constitucionalização do direito da empresa e seus limites. Objetiva-se entender quais os parâmetros de interpretação e aplicação das normas constitucionais no direito da empresa, a fim de fornecer critérios adequados para a integração entre o processo de leitura constitucional e a preservação do direito empresarial.

Palavras-Chave: Constituição. Direito Empresarial. Institucionalismo. Contratualismo. Deveres de conduta.

Abstract: Based on the analysis of the relationship between the Constitution and Private Law, this article addresses the impacts of the constitutional view in relation to Corporate Law, first outlining which are the vectors that characterize corporate law and differentiate it from other branches of Private Law, so as to establish the dis-

¹ Artigo recebido em 18.05.2022 e aceito em 12.07.2022.

* Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. E-mail: yagoapoliveira@gmail.com

inctions of the constitutionalization of company law and its limits. The objective is to understand the parameters of interpretation and application of constitutional rules in company law, in order to provide adequate criteria for the integration between the process of constitutional reading and the preservation of business law.

Keywords: Constitution. Commercial Law. Institutionalism. Contractualism. Conduct duties.

Sumário: Introdução. 1 Relações Empresariais e Cíveis: Vetores de Funcionamento e os Efeitos das Normas Constitucionais. 2 Teorias Institucionalista e Contratualista da Empresa e a Relação com os Direitos Fundamentais. 3 Deveres de Conduta no Âmbito do Direito Empresarial à Luz da Constituição Federal. Considerações finais. Referências.

Introdução.

A centralidade da leitura constitucional em relação aos institutos jurídicos, que ganha relevância na segunda metade do século XX, exerceu influência em todas as áreas do direito, inclusive no Direito Privado e, por sua vez, no Direito Empresarial. O direito da empresa, muito embora tenha preservado a sua autonomia e existência em um amplo campo de liberdade, tem suas balizas estabelecidas na Constituição Federal e se submete às regras atinentes à regulação da atividade econômica.

Diante dessa constatação, o presente trabalho busca compreender quais são as características da leitura constitucional em relação ao direito da empresa com base numa possível diferenciação da aplicação das normas constitucionais no direito civil. Assim, em um primeiro momento se estabelece quais as premissas evolutivas de autonomia e congregação do direito civil e empresarial no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de buscar entender quais os fato-

res que levaram à unificação das codificações para que, ao final, se possa analisar se essa unidade também se reflete quanto à leitura constitucional.

Posteriormente, o trabalho desenvolverá as perspectivas da função da empresa a partir das teorias institucionalista e contratualista e seus impactos nas legislações brasileiras, estabelecendo as convergências em relação à proteção de direitos fundamentais, seja em relação aos integrantes e beneficiários diretos da empresa, seja em relação à sociedade.

Ao final, busca-se entender quais são as características próprias dos deveres de conduta dos agentes inseridos no contexto empresarial, estabelecendo as possíveis diferenças em relação aos deveres de conduta dos atores que atuam em âmbitos não comerciais, procurando, assim, verificar em que medida a leitura constitucional pode solidificar esses deveres e oferecer um suporte de aplicação específica para o direito da empresa.

1. Relações empresariais e civis: vetores de funcionamento e os efeitos das normas constitucionais.

O Direito Privado, a partir da segunda metade do século 20, tem se formatado a partir de novas bases, na medida em que normas constitucionais passaram a exercer uma grande influência na interpretação e aplicação das regras estabelecidas nesta seara. Ocorre que, muito embora se possa falar em uma sistematização do Direito Privado no ordenamento jurídico em contraposição ou a partir de uma divisão dogmática com o Direito Público, não é novo o debate sobre as diferenças entre o Direito Civil e Empresarial que, apesar de inseridos no contexto do Direito Privado, ainda encontram diferenças metodológicas quando da aplicação de suas regras.

Apesar do fato da discussão sobre a constitucionalização do Direito Privado no Brasil ter firmado suas bases a partir de uma apli-

cação no Direito Civil, verifica-se que, no que se refere ao Direito da Empresa, o processo de constitucionalização também foi inserido. Isto é, o reflexo das normas constitucionais em relação ao Direito Privado ocorreu tanto no âmbito do Direito Civil quanto no Direito Empresarial.

Contudo, em que pese o processo de constitucionalização ter exercido influências sobre as bases tanto do Direito Civil, quanto do Direito Comercial, é importante que se realize o questionamento acerca das diferenças desse processo, ressaltando eventuais peculiaridades e similitudes. Para isso, é importante compreender quais são as peculiaridades do Direito Empresarial, analisando a evolução histórica dos seus institutos para que, então, se possa estabelecer a perspectiva constitucional da sua leitura.

Enquanto o Direito Civil encontra suas bases no direito romano, o Direito Comercial se solidifica como ramo autônomo apenas após o século XII, nas comunas italianas, em um processo que, segundo lição de Tullio Ascarelli,² decorreu de uma ruptura entre o direito romano-canônico comum e as exigências do comércio da época. Observa-se, assim, que o Direito Comercial tem uma funcionalização desde a sua origem, fundada na necessidade de permitir um maior e melhor fluxo do comércio.

Segundo ensina Ascarelli,³ uma das primeiras distinções entre o direito comercial e o direito civil está relacionada às suas fontes, pois o direito comercial nasce da autonomia e costumes dos comerciantes, o que se solidificou a partir de uma jurisdição própria.

No Brasil, o Direito Comercial inicia uma trajetória de relevância a partir da vinda da Coroa Portuguesa para o Brasil em 1808, o

2 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2007. p. 8.

3 ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 114, p. 248-269, 1999. p. 239.

que leva à abertura dos portos para o comércio com outros países, alterando o cenário de produção com vistas a atender unicamente aos interesses de Portugal. O desenvolvimento do comércio local representa marco importante para que as regras comerciais se solidifiquem no país, o que leva ao advento do Código Comercial de 1850.

Na segunda metade do século XIX inicia-se o debate para a redação do Código Civil brasileiro, sendo que até aquele momento a ideia de autonomia entre relações civis e comerciais era marcante. Com Teixeira de Freitas, responsável inicial pelo projeto de construção do Código Civil, o debate de unificação do Direito Privado se torna presente, considerando a ideia do jurista de que o Código Comercial de 1850 não atendia às necessidades da época.⁴

O projeto de unificação do Direito Privado, com um código que contemplasse regras de Direito Civil e Comercial, não teve sucesso. As duas áreas, no início do século XX, tinham suas marcas acentuadas, em que pese tenha sido o Código Civil de 1916 formulado com regras aplicáveis ao âmbito empresarial mais atuais do que o Código Comercial da época, como ensina Ascarelli.⁵

Diante da marca patrimonialista do Código Civil de 1916, alguns autores como Ascarelli entendem que haveria na primeira metade do século XX uma comercialização do Direito Civil, o que, inclusive, levava à alguns conflitos de interpretação acerca de qual estatuto legal deveria ser aplicado em determinadas relações - Código Comercial de 1850 ou Código Civil de 1916. As marcas entre ambos os institutos passavam a não ser tão claras, verificando-se, no decorrer do

4 CARVALHO, Orlando. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1984. p. 8.

5 “Nota-se assim no Brasil, antes, a tendência a aplicar no direito comercial princípios do direito civil, do que a tendência inversa, ao contrário do que acontece nos demais países, mas esta aparente *civilisation du droit commercial* é na realidade uma confirmação da *commercialisation du droit privé*, pois que decorre justamente da maior modernidade e, releve-se a expressão, da maior modernidade e, da maior comercialidade do código civil” ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. 2. ed. Editora Minelli: Sorocaba, 2007. p. 22.

tempo, mais similaridades do que diferenças entre eles, haja vista a inter-relação entre contratos civis, muito utilizados no âmbito comercial e os propriamente ditos contratos comerciais.

Entre os sinais que parte da doutrina destaca como fatores que levaram à perda da autonomia do Direito Comercial no Brasil, além da conexão dos institutos presentes no Direito Civil, está o fato de que em 1875 a jurisdição própria para conflitos comerciais passa a ser revogada, bem como a evolução do conceito de empresa em contraposição à teoria dos atos de comércio, com a delimitação mais objetiva de quais relações estavam enquadradas na seara comercial, além do fato de que dois principais sujeitos que estavam inseridos na dinâmica das relações comerciais passam para uma categoria autônoma no decorrer século XX: o consumidor e o trabalhador, este último inserido no conceito de “auxiliares do comércio” no Código Comercial de 1850.

De acordo com Cavalli,⁶ “o direito comercial, notadamente na segunda metade do século XX, foi perdendo espaço como direito obrigacional especial para outro ramo do direito que surgia – o direito do consumidor”, defendendo o autor que o enfraquecimento da autonomia da codificação do direito comercial muito se deu em razão da ascensão de outras figuras no processo do mercado, como o consumidor e o trabalhador, passando a ser ilógica a existência de “um estatuto profissional voltado exclusivamente a tutelar os interesses dos comerciantes, em detrimento dos interesses daqueles que, em situação vulnerável, figuravam como consumidores”.

No mesmo sentido em que se revela a figura do consumidor e do empregado, o comerciante passa a ser visto como fornecedor e empregador, com obrigações próprias em razão dessas posições, resultando em uma flexibilização do conceito de autonomia do Direito Comercial.⁷

6 CAVALLI, Cássio. *Direito Comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2011. p. 171.

Em que pese o movimento de comercialização do direito privado do início do século XX, no decorrer e sobretudo na segunda metade, há uma crescente sistematização da publicização ou socialização do Direito Privado, que possui forte ligação com o fenômeno da constitucionalização. A funcionalização do Direito Privado, muito embora tenha ganhado relevância a partir dos regimes totalitários, que “prega a organização dos fatores de produção como atividade de interesse nacional, confiando sua direção ao empresário, que deve colocá-la a serviço da nação”,⁸ representou um meio de equilibrar tensões sociais, a partir da adequação dos efeitos das relações privadas sobre a sociedade.

O direito comercial assume um novo papel, concebido a partir de uma posição ativa de proteção do mercado e não necessariamente da figura do comerciante, o que se vê desde o século XIX nos escritos de José da Silva Lisboa,⁹ mas que encontra suporte após as crises da primeira metade do século XX, sejam elas financeiras ou aquelas ocasionadas pelas guerras. Assim, apesar de se caracterizar por uma postura mais liberal, própria do contexto em que se insere, o Direito Comercial não afasta a ideia de proteção social, porquanto, ao se falar de proteção social, se engloba a proteção do próprio mercado, que está inserido dentro dessa dimensão social.

Diferentemente da ideia construída até o século XIX, o Direito Comercial passa a ser visto como fundante do mercado e não apenas

7 *Ibidem*, p. 225.

8 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 53.

9 CAIRU, José da Silva Lisboa. *Escritos econômicos escolhidos (1804-1820)*. Lisboa: Banco de Portugal, 1993. p. 438. "O espírito justo e esclarecido do governo economico de S.A.R reluz em reiteradas resoluções, com que anuncia a firmeza do benefício da ampla liberdade do comércio; expressão esta exemplificada com muita especialidade, não só na cláusula memorável da mencionada Carta Régia da abertura dos portos aos estrangeiros, e da franca admissão ao despacho nas alfândegas de todos os gêneros, fazendas, e mercadorias; mas também no alvará de 23 de agosto de 1808, e Decretos de 11 de Junho de 1808 e de 28 de janeiro e 3 de Junho de 1809, em que autenticamente se declara ser conveniente ao bem público remover todos os embarcos, que possam tolher o livre giro e a circulação do comércio".

como mero regulador das ações dos seus agentes. Como ensina Natalino Irti,¹⁰ o mercado existe por existir o Direito, destacando-se ou retirando-se toda a ideia naturalista de mercado, mas ao contrário, estabelecendo a importância da existência do Direito e da regulação para que esse ambiente exista e sobreviva.

Nesse aspecto, Paula Forgioni¹¹ identifica três fases na evolução do direito comercial: a primeira, com sua característica liberal, centrada na ideia de atos de comércio, sendo redirecionada, posteriormente à atividade da empresa e, em uma terceira fase, na relação entre a empresa e o mercado.

É nesse cenário que o Direito Comercial se torna mais aberto para refletir acerca do papel da empresa na economia, mercado e sociedade, deixando de focalizar tão somente nos aspectos internos da empresa, mas no seu impacto e importância para a sociedade, possibilitando, assim, o fortalecimento do debate sobre a função social da empresa.

Três fatores podem ser considerados como contribuintes para que a função social da empresa se tornasse uma questão relevante a ser analisada:¹² (i) construção do instituto da dissolução parcial, considerando que até início do século XX, a saída de um dos sócios levaria ao fim da empresa, com o encerramento das suas atividades; (ii) o delineamento das possibilidades de exclusão dos sócios e; (iii) a preservação da empresa em dificuldades econômicas, com o desenvolvimento das regras para recuperação ou falência das empresas.

Os fatores acima identificados não excluem outros aspectos relacionados à atividade externa da empresa para a sedimentação da

10 IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 145, 2007. p. 45.

11 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 73.

12 *Ibidem*, p. 67.

função social da empresa, como a proteção do meio ambiente, valorização do trabalho e redução das desigualdades. No entanto, todos os três aspectos acima ampliam o conceito de interesse social, pois a continuidade da empresa não estaria mais restrita ao interesse ou arbítrio dos sócios ou de uma parcela destes, mas também ao papel fundamental para a sociedade em decorrência da continuidade e preservação da empresa, o que deve, portanto, ser estimulado pelas regras empresariais.

A investigação, nesse aspecto, se relaciona em compreender qual o papel da empresa perante a sociedade, a partir da delimitação e direcionamento de um conceito para o que vem a ser a função social da empresa. A pergunta central é: para que serve a empresa?

Por um lado, se compreende que a empresa é uma instituição que desempenha papel ativo na sociedade enquanto meio de concretizar direitos fundamentais. Conforme escreve Cassio Cavalli,¹³ os direitos fundamentais perpassam a atividade empresarial em um sentido de contenção dos poderes do Estado sobre a atividade econômica e, ao mesmo tempo, na consolidação da empresa enquanto agente que possibilita a promoção de direitos sociais.

Por outro lado, Fabio Konder Comparato encontra dificuldade em firmar uma convenção una a respeito do papel ativo da empresa na concretização de direitos sociais, na medida em que se torna inviável imputar à empresa as funções que devem ser promovidas pelo Estado. De acordo com Comparato, a função social da empresa pode revelar uma estratégia para que o Estado abandone o seu papel de promoção dos direitos sociais, sendo que, ao seu entender, a função social da empresa não deve ser lida dessa forma.¹⁴

Assim, a função social da empresa não pode ser dissociada de uma função ativa do Estado na consolidação de políticas públicas,

13 CAVALLI, Cássio, *Op. Cit.*, p. 254.

14 COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 732, v. 85, out. 1996. p. 46.

pois “um Estado despreocupado com o bem-estar geral da população não tem legitimidade para exigir dos proprietários o cumprimento de sua função social”.¹⁵

Na mesma linha de Comparato, escreve Marcia Carla Ribeiro¹⁶ que a funcionalização do Direito Privado não pode servir como meio de depositar nos entes privados todas as obrigações relacionadas à implementação de políticas públicas, as quais continuam sob responsabilidade do Poder Público.

A leitura constitucional do Direito da Empresa, de todo o modo, se mostra como verdadeiro consenso, considerando a existência de regras claras dispostas na Constituição Federal de 1988 relacionadas à atividade empresarial no mercado, bem como de regras contidas em estatutos próprios que tratam, direta ou indiretamente, do papel da empresa na consolidação de direitos fundamentais.

A Lei das Sociedades Anônimas, 6.404/1976, em alguns artigos, direciona a atividade da empresa no sentido de que sua atuação no mercado deve ocorrer através do respeito e promoção de direitos fundamentais, à exemplo do artigo 154,¹⁷ que delimita dentre os deveres dos administradores a observância das exigências do bem público e da função social da empresa, bem como o artigo 116, parágrafo único,¹⁸ que impõe ao acionista controlador o dever de zelar pela função social da empresa, além de zelar pelos direitos dos demais

15 *Ibidem*, p. 43.

16 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Por uma nova dogmática para o direito privado: direito privado e a noção funcional dos contratos empresariais. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI/FUMEC*. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2011. p. 17.

17 Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

18 Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

acionistas, trabalhadores da companhia e todos aqueles que com ela se relacionam.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas disposições expressas a fim de regular a atividade empresarial, definindo, já em seu artigo 1º, inciso IV, que um dos fundamentos da república está representado nos valores sociais da livre iniciativa, em observância aos princípios dispostos no artigo 170, que se incluem a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Como escrevem Scalzilli, Tellechea e Spinelli,¹⁹ os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada formam a base da atividade empresarial e representam a garantia contra o arbítrio estatal e, por sua vez, os princípios da liberdade de associação, função social da empresa e do favorecimento das empresas de pequeno porte formam o sistema ou subsistema de direito empresarial.

Verifica-se, assim, que há clara influência dos princípios constitucionais²⁰ no Direito da Empresa, que servem como molde para a formação do mercado,²¹ a partir das perspectivas da livre-iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar, direitos de propriedade e defesa do consumidor.

Nessa linha, deve-se destacar a inexistência de consenso a respeito da função ativa das normas constitucionais em relação à empre-

19 SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. *Introdução ao direito empresarial*. Porto Alegre: Editora Buqui, 2020. p. 163.

20 Conforme Eros Grau, embora princípios seja palavra polissêmica, deve-se compreender princípios como norma jurídica. Norma jurídica abarca regras e princípios, nesses últimos incluídos princípios externos e internos. Para uma maior compreensão, ver: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 47 e ss.

21 FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 147.

sa. Se de um lado, se tem a perspectiva clássica-liberal que concebe as regras constitucionais como limitação do Estado sobre a atividade empresarial, cuja função deve ser a de ampliar as liberdades individuais, é possível que o processo de constitucionalização do Direito Privado e, por consequência, do Direito da Empresa, seja visto como ferramenta de concretização de direitos fundamentais da sociedade,²² exercendo o Estado, assim, um papel ativo na condução da empresa à sua funcionalidade social.

Surge, assim, a necessidade de se compreender em que medida o processo de constitucionalização do Direito Privado exerce influência nas relações inseridas em sua órbita, considerando que essas relações, apesar de inseridas no âmbito privado, não são formadas a partir da mesma perspectiva. Se, por uma perspectiva, a proteção ativa a ser exercida pelo Estado em relações trabalhistas, consumeristas ou civis se fundamenta pela necessária proteção dos agentes envolvidos, no âmbito empresarial a lógica se dá com vistas a concretizar a opção do constituinte de 1988 pela ordem do livre mercado, sendo que as normas constitucionais exercem uma posição ativa para garantir a proteção do próprio mercado.

Assim, é imprescindível entender as diferenças do reflexo das normas constitucionais em cada âmbito, para que elas sejam corretamente aplicadas e, desse modo, se garanta a efetividade constitucional. Nesse aspecto, destaca-se que o movimento da constitucionalização do Direito Civil se forma a partir da ideia de repersonalização e despatrimonialização dos seus institutos, como destaca Facchini Neto.²³ Contudo, o mesmo não ocorre com o Direito Empresarial, na medida em que a patrimonialidade forma a sua base de existência. Se no Direito Civil as relações não são formadas unicamente visando trocas ou com base no escopo de lucro, o Direito Empresarial é formado

22 NETO, Eugênio Facchini. A constitucionalização do direito privado. *Revista Jurisprudencia*, Juína, v. 2, n. 3, Jan./Jun. 2013. p. 37.

23 NETO, Eugênio Facchini, *Op. Cit.*, p. 26.

exatamente pela função econômica que constitui a razão de ser das relações empreendidas - as partes envolvidas assumem a posição da relação comercial a partir de um auto interesse.

As relações empresariais, principalmente quando se trata de contratos comerciais, são estabelecidas com o escopo de se atingir determinada finalidade econômica, resultado de um processo de escolha individual que visa alterar positivamente a situação da parte pactuante, sendo que, “se o estabelecimento do vínculo não interessar ao empresário, ele simplesmente não contratará”.²⁴

As diferenças entre Direito Civil e Empresarial, portanto, não significam uma rejeição das normas constitucionais para as empresas, mas uma leitura própria em razão da necessária interpretação dos seus institutos, dado o contexto no qual as relações empresariais se desenvolvem.

2. Teorias Institucionalista e Contratualista da Empresa e a Relação com os Direitos Fundamentais.

Um aspecto importante a ser analisado em razão dos efeitos das normas constitucionais no direito da empresa é o da função que a empresa exerce na sociedade. Muito embora a leitura constitucional seja clara ao se estabelecer a empresa como instituição essencial para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, é preciso que se destaque qual a posição da empresa nesse cenário, o que pode ser feito a partir da investigação promovida por duas das principais teorias que formam a ideia da empresa: a teoria institucionalista e contratualista.

No final da primeira metade do século XX alguns debates se iniciaram, buscando definir qual a finalidade da empresa e sua rela-

²⁴ FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo. v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 10.

ção com a sociedade. Se, por um lado, a empresa poderia ser vista como meio de que sócios pudessem aumentar os seus lucros, de outro se revelou a importância dessa instituição para a construção da sociedade, destacando a relação com trabalhadores, consumidores e com o Estado, através da arrecadação de tributos e possibilidade de que as políticas públicas fossem implementadas.

Walther Rathenau,²⁵ em 1917, qualifica a discussão a respeito da transposição dos interesses da sociedade em relação aos sócios, defendendo que a grande empresa deve atender ao interesse público e já não comporta uma visão unicamente voltada ou orientada pelo direito privado. Com a presença cada vez maior de grandes companhias no início do século XX e os impactos dessas instituições na sociedade, se tornou relevante o debate acerca do papel central dessas empresas e da transposição dos interesses dos acionistas para que os interesses sociais também fossem atendidos.

A teoria institucionalista claramente foi a opção escolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro no tratamento das Sociedades Anônimas, lembrando novamente as disposições da Lei de Sociedades por Ações, com destaque aos seus artigos 116 e 154. A opção constitucional tende a ser vista como mais próxima à teoria institucionalista, considerando a orientação de que a atividade econômica - desenvolvida, sobretudo, pelas empresas - deve atender ao interesse social.

Contudo, como destaca Scalzilli,²⁶ em que pese a Lei 6.404/1976 tenha se orientado pela teoria institucionalista, o Código Civil de 2002, no tratamento das sociedades limitadas, tem uma orientação voltada à teoria contratualista, o que torna importante uma conformação entre as teorias, a fim de adequar as finalidades da empresa

25 RATHENAU, Walther. Do sistema acionário—uma análise negocial. Tradução e introdução de LAUTENSCHLEGER JR, Nilson. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo. v. 128, 2002. p. 214.

26 SCALZILLI, João Pedro. *Mercado de capitais: ofertas hostis e técnicas de defesa*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 56.

numa economia de mercado. Mesmo em relação à Lei de Sociedade por ações, há o entendimento de que a teoria institucionalista foi incorporada apenas principiologicamente, sendo que o contratualismo é a teoria que vige de fato.²⁷

Nesse sentido, não parece tão clara uma definição exata da função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo ao se conceber que ocorreu uma evolução da teoria contratualista ao longo das últimas décadas, que concilia interesses dos sócios e sociedade. O questionamento que surge na doutrina se refere aos limites dos deveres do controlador e administradores em relação à observância do bem público.

Uma ideia importante a partir da aplicação da teoria contratualista é a de que os administradores e controladores de sociedades devem orientar as suas escolhas e ações a partir do benefício dos próprios acionistas, desde que o façam em consonância com as leis (o que se inclui a legislação trabalhista, ambiental, econômica e constitucional). Se as ações são realizadas na medida em que determina a lei, não caberá ao controlador ou administrador fazer um juízo de constitucionalidade ou não da lei que cumpriu, estando em um espaço de autonomia para melhor direcionar a empresa com a finalidade de atingir o interesse dos acionistas. Assim, a ideia geral é a de que, desde que preenchido o campo da legalidade, a companhia deve se orientar para buscar o maior benefício para os seus integrantes.

Uma outra versão do contratualismo estende a análise do interesse social para além dos sócios atuais, incluindo os sócios futuros. Conforme Calixto Salomão Filho, para essa versão a “perspectiva a longo prazo do interesse social ganha importância. Obviamente, nesse caso assume relevância também o próprio interesse à preservação da empresa”, que pouco se distinguiria da teoria institucionalista.²⁸

27 *Ibidem*, p. 57.

28 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 51.

Com a abertura interpretativa da Lei 6.404/1976, não é possível uma resposta clara sobre qual ação deve ser privilegiada dentro da empresa quando esta, ao observar inicialmente as leis (ou seja, inexistindo infração legal), deve escolher entre aumentar os lucros da empresa ou beneficiar a sociedade com determinação que não lhe traga maiores benefícios financeiros.

Diferentemente da postura de outros ordenamentos, como o português, o ordenamento jurídico brasileiro não deixa claro a extensão do dever de privilegiar o interesse público face ao interesse da companhia em alguns casos. Como escreve Ricardo Lupion ao analisar o direito societário português e brasileiro,²⁹ enquanto a legislação portuguesa tem determinação expressa de que os interesses de terceiros, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores, devem ser priorizados nas decisões dos administradores das companhias, a legislação brasileira assim não o fez.

Portanto, decisões empresariais que, dentro dos limites impostos pela legislação, possam promover os interesses dos acionistas a partir de uma perspectiva ou, de outra, os interesses de terceiros, como trabalhadores, consumidores ou população ao seu entorno, estão em âmbito de subjetividade à luz da legislação empresarial.

E, ainda que se faça uma leitura constitucional do direito da empresa, a questão não encontra uma solução simples, pois mesmo posições que tendem a privilegiar os interesses dos sócios não podem ser reputadas como contrárias à Constituição. Como escreve Scalzilli,³⁰ é pressuposto que a companhia se oriente em observância às legislações como a ambiental, trabalhista e tributária, nas quais, claramente, o interesse público é centralizado, sendo que a questão

29 GARCIA, Ricardo Lupion. *Interesse Social da Empresa. Uma Perspectiva Luso-brasileira*. Lisboa: Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 2013. p. 13868.

30 SCALZILLI, João Pedro. *Mercado de capitais: ofertas hostis e técnicas de defesa*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 59.

que se coloca é se também em legislações e relações societárias esse interesse deve ser mais uma vez privilegiado.

O interesse social nas empresas “é questão que de longa data atormenta comercialistas, já tendo sido apontado por alguns, como refere Erasmo Valladão, como o problema fundamental da sociedade por ações”.³¹ Assim, apesar de ser questão complexa, a leitura constitucional do interesse social e direito da empresa, conjuntamente com a aplicação das legislações próprias, como a Lei 6.404/1976, deve ser realizada, possibilitando que os interesses do acionista e da sociedade possam ser comuns.

3. Deveres de conduta no âmbito do direito empresarial à luz da Constituição Federal.

As diferenças entre o Direito Civil e Empresarial resultam na aplicação de alguns institutos a partir de uma perspectiva própria para cada seara. Os deveres de conduta nas relações privadas têm relação com os direitos fundamentais e com a Constituição Federal, na medida em que servem como forma de tutela da ordem econômica esculpida no artigo 170 da CF/88, como escreve Ricardo Lupion ao afirmar que os deveres de conduta têm o condão de “afastar as condutas desleais que visam os interesses ilícitos e individuais dos infratores que, quando perpetradas, resultam em prejuízo geral da comunidade. O bem jurídico a ser tutelado é a coletividade, pois a ordem econômica tem por fim assegurar uma existência digna a todos”.³²

Recorda-se que um dos princípios constitucionais orientadores da atividade econômica é a proteção da concorrência, que passa,

31 SCALZILLI, João Pedro. *Mercado de capitais: ofertas hostis e técnicas de defesa*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 52.

32 GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 148.

direta ou indiretamente, pela necessidade de que o Estado tenha condições de reprimir condutas desleais, contrárias à boa-fé e à probidade nos negócios.

A importância da boa-fé nas relações empresariais remonta ao Código Comercial de 1850, que em seu artigo 131,³³ continha previsão de que a interpretação do contrato comercial deveria ser realizada a partir dos critérios de boa-fé. A Lei das Sociedades por Ações, 6.404, de 1976, por sua vez, imputa ao administrador o dever de lealdade e probidade, conforme artigo 153,³⁴ além daquele dever de zelar pelos interesses da companhia com observância às exigências do bem público e da função social da empresa, como previsto no artigo 154, já citado.

A leitura constitucional do direito da empresa, portanto, confirma a necessidade de preservação dos deveres de conduta nas relações comerciais, porquanto seja condição de preservação da própria ordem do mercado. Porém, considerando a necessidade de traçar os contornos que diferenciam o direito civil e empresarial, vale ressaltar que a aplicação dos deveres de conduta nas relações empresariais impõe uma interpretação própria, pressupondo, ainda assim, a proteção de direitos fundamentais.

Como descrito no capítulo anterior, as relações empresariais se formam com características próprias, em um ambiente de competição e assunção de riscos pelos agentes. Diferentemente de relações não paritárias, as relações empresariais pressupõem a igualdade entre os sujeitos, além de uma pró-atividade na busca de conhecer os aspectos atinentes ao negócio. Assim, muito embora sejam inadmissíveis

33 Art. 131. Sendo necessario interpretar as clausulas do contracto, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. A intelligencia simples e adequada, que for mais conforme á boa fé, e ao verdadeiro espirito e natureza do contracto, deverá sempre prevalecer á rigorosa e restricta significação das palavras;

34 Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

veis condutas que visem enganar uma parte, nas relações empresariais se espera diligência dos seus envolvidos, a qual, conforme escreve Ricardo Lupion, representa critério de mitigação dos deveres de conduta.³⁵

Os sujeitos inseridos na relação empresarial, diferente de outros âmbitos, assume uma posição ativa na busca da concretização dos seus direitos, pois, para o direito empresarial, o empresário possui uma racionalidade econômica própria,³⁶ sendo que os deveres de conduta como a boa-fé são interpretados a partir da posição assumida pelo agente na relação empresarial.

Não se trata de afirmar que as demais relações privadas estão baseadas numa atitude passiva dos sujeitos a elas submetidas. Trata-se de estabelecer o nível adequado da tutela estatal perante essas relações, como bem se observa no âmbito das relações consumeristas, em que o Estado busca, ativamente, oferecer proteção ao consumidor, especialmente em situações de hipossuficiência ou vulnerabilidade.

As relações civis também guardam uma leitura própria diante da intervenção estatal. Ainda que em grau inferior àquelas observadas nas relações de consumo, nas relações civis o Estado tem um papel de proteção dos interesses privados a partir da definição de limites à autonomia privada e, como se pretende demonstrar na presente análise, de uma leitura própria dos institutos privados. Essa diferença pode ser observada de uma forma mais clara a partir da edição da Lei da Liberdade Econômica, que em seu art. 3º, inciso VIII, garante aos negócios jurídicos empresariais, desde que paritários, o caráter de subsidiariedade das regras de direito empresarial.³⁷ Vale dizer, em

35 GARCIA, Ricardo Lupion, *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 154.

36 FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 25.

37 Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento

relações empresariais, as partes gozam de maior autonomia se comparadas às relações civis e consumeristas, ainda que todas elas se incluam da mesma órbita do Direito Privado.

Exemplo de tal diferença também pode ser observado através da figura do erro no negócio jurídico, pois, para o Direito comercial, diferentemente do Direito Civil, o erro do agente assume uma outra perspectiva: desde que observados os deveres de lealdade na relação, o erro é admissível e até esperado,³⁸ sendo um fator essencial para a livre concorrência, considerando que é exatamente em razão de estratégias comerciais equivocadas que determinada empresa assume posição de vantagem ou desvantagem no mercado. Nesse aspecto, os deveres de conduta servem para confirmar a probidade e pró-atividade do empresário, que não se exime de absorver as consequências das estratégias equivocadas realizadas no mercado.

A livre concorrência e a proteção da ordem econômica passam, assim, pela garantia da ampliação das liberdades nas relações empresariais, inclusive aquelas que podem levar ao insucesso do empresário, pois faz parte da lógica do livre mercado. A leitura constitucional, assim, confirma a necessidade de que os negócios empresariais sejam realizados a partir de parâmetros de eticidade e respeito aos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, é realizada com base na necessária ampliação das liberdades individuais, cujo exercício pressupõe a tutela do ordenamento jurídico a fim de se evitar abusos.

Considerações Finais.

A relação direta entre Constituição e Direito Privado no orde-

e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.

38 FORGIONI, Paula A., *Ibidem*, p. 14.

namento jurídico brasileiro representa o delineamento dos espaços de aplicação das áreas inseridas nesse contexto, como o Direito Civil e Empresarial. A tentativa do presente trabalho foi a de identificar se é possível estabelecer uma unicidade na aplicação das normas constitucionais no âmbito do Direito Privado, abrangendo da mesma forma o direito civil e empresarial, e quais suas consequências.

Como construído na primeira parte do trabalho, em que pese a unificação obrigacional entre Direito Civil e Empresarial no Direito Brasileiro, as características próprias do direito da empresa permanecem e servem como meio de subsidiar o intérprete e aplicador a entender como as relações comerciais são formadas para que, corretamente, ocorra um adequado emprego das normas nos casos concretos.

Assim, a leitura dos institutos de direito privado pode ser realizada a partir de uma sistemática própria quando o operador se debruça acerca de determinado caso inserido no âmbito comercial. No que se refere à aplicação das normas constitucionais, esse processo é semelhante, na medida em que, com a evolução do Direito Empresarial, seus institutos passam a transpor a relação direta entre empresa e sócios, mas representam verdadeiros direcionamentos das regras que devem ser levadas ao mercado.

E, dado o impacto da empresa na sociedade, se mostra relevante a análise acerca de qual deve ser a função e limite da atuação empresarial, o que no presente trabalho foi realizado com o amparo das teorias institucionalista e contratualista. Buscou-se, neste ponto, entender qual o critério de decisão empresarial a partir da leitura constitucional do direito da empresa, compreendendo-se, ao final, que mesmo com a aplicação das normas constitucionais, há um espaço de indefinição a respeito de qual deve ser o critério final a nortear a escolha negocial; se o benefício maior aos sócios ou à sociedade.

Por fim, como evolução do processo de análise dos vetores de interpretação do direito empresarial, se mostra relevante entender quais os impactos dos deveres de conduta dos agentes empresariais

em relação aos direitos fundamentais, traçando eventuais diferenças em relação ao direito civil, bem como os limites de intervenção sobre as relações comerciais e as consequências no processo concorrencial. Embora a relevância dos padrões de eticidade nas relações empresariais, verifica-se que o empresário deve pautar suas ações a partir do alinhamento entre probidade e pró-atividade, o que representa o dever de diligência na busca de evitar erros em suas estratégias comerciais, o que deve ser considerado quando da análise dos deveres de conduta.

A leitura constitucional sobre o Direito Privado, portanto, não possui uma incidência unificada. A unificação das obrigações civis e empresariais não afasta a autonomia dogmática de ambas as disciplinas. O Direito da Empresa, inserido numa ótica de mercado, é instrumento de preservação da concorrência, do livre mercado e da implementação de políticas públicas, de modo que a incidência das normas constitucionais deve ser tratada em observância aos vetores próprios que orientam a disciplina.