

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. Regime jurídico de direito comercial. In _____ **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 2, p. 62-70.

Página 62

Capítulo 2

REGIME JURÍDICO DE DIREITO COMERCIAL

Página 63

1. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO-COMERCIAL

A Constituição Federal, ao dispor sobre a exploração de atividades econômicas, vale dizer, sobre a produção dos bens e serviços necessários à vida das pessoas em sociedade, atribuiu à iniciativa privada, aos particulares, o papel primordial, reservando ao Estado apenas uma função supletiva (art. 170). A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é possível em hipóteses excepcionais, quando, por exemplo, for necessária à segurança nacional ou se presente um relevante interesse coletivo (art. 173).

Estes são os pressupostos constitucionais do regime jurídico- -comercial.

Ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, sob o ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente, prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação. Se, ao capitalista, a ordem reserva a primazia na produção, deve cuidar para que ele possa desincumbir-se, plenamente, dessa tarefa. Caso contrário, ou seja, se não houvesse um regime jurídico específico para a exploração econômica, a iniciativa privada permaneceria inerte e toda a sociedade sofreria com a estagnação da produção dos bens e serviços indispensáveis à satisfação de suas necessidades. É claro, se o modo de produção não fosse o capitalista, e o Estado fosse o responsável pela

produção dos bens e serviços necessários à vida em sociedade, não teria sentido um regime jurídico próprio para a categoria de profissionais que, supletivamente, se dedicassem à exploração econômica.

Por essas razões, é pressuposto jurídico do regime jurídico-comercial uma Constituição que adote os princípios do liberalismo, ou de uma vertente neoliberal, no regramento da ordem econômica.

Página 64

Sem um regime econômico de livre-iniciativa e livre concorrência, não há direito comercial. Ao nível da legislação ordinária, o direito complementa tais pressupostos constitucionais, procurando garantir a livre-iniciativa e a livre concorrência por meio da repressão ao abuso do poder econômico e à concorrência desleal.

2. PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E DA CONCORRÊNCIA

Em consonância com a definição de um regime econômico de inspiração neoliberal (no sentido de “liberalismo mitigado”), pela Constituição, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de amparo à liberdade de competição e de iniciativa. Estes mecanismos, basicamente, configuram a coibição de práticas empresariais incompatíveis com o referido regime, as quais se encontram agrupadas em duas categorias: infração à ordem econômica e concorrência desleal.

2.1. Infrações contra a ordem econômica

As infrações contra a ordem econômica (antigamente chamadas de “abuso do poder econômico”) estão definidas na Lei 12.529/11 (LIOE). Para a sua caracterização, é necessário conjugarem-se dois dispositivos desse diploma legal: de um lado, o *caput* do art. 36, que estabelece o objetivo ou efeitos possíveis da prática empresarial ilícita; de outro, o seu § 3º, que elenca diversas hipóteses em que a infração pode ocorrer.

Note-se que somente configuram infrações contra a ordem econômica as práticas empresariais elencadas no art. 36, § 3º, da LIOE se caracterizado o exercício do poder econômico por meio de condutas que visem a limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços ou aumentar arbitrariamente os lucros (os requisitos mencionados no *caput* do art. 36). Por exemplo, o tratamento diferenciado de adquirentes, com a

fixação de preços ou condições especiais para um ou mais deles, está referido no inc. X do § 3º do art. 36 da LIOE. Essa prática discriminatória tanto pode ser absolutamente lícita como caracterizar infração contra a ordem econômica. Depende dos objetivos pretendidos (ou obtidos mesmo sem intenção) pelo empresário que faz a discriminação. Se buscou, por meio dela, prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante ou aumentar arbitrariamente os preços, ou um desses efeitos se realizou mesmo sem a intenção dele, então a conduta é infracional. Caso contrário, se os objetivos pretendidos ou os efeitos da prática empresarial não têm relação com exercício abusivo do poder econômico, não existirá qualquer ilicitude.

Página 65

Em suma, as condutas elencadas no art. 36, § 3º, da LIOE somente caracterizam infração contra a ordem econômica se presentes os pressupostos do caput do mesmo art. 36 da LIOE. Por outro lado, qualquer prática empresarial, ainda que não mencionada pelo legislador no § 3º do art. 36, configurará infração contra a ordem econômica se os seus objetivos ou efeitos forem os referidos no *caput* do mesmo dispositivo.

Assim é, na verdade, porque a repressão a tais condutas está fundada no texto constitucional, em que já se encontra totalmente delineada (CF, art. 173, § 4º).

Na análise da vinculação entre a natureza da conduta e o seu objetivo ou efeito (potencial ou realizado), é irrelevante a existência ou não de culpa do empresário. Ou seja, para a caracterização da infração contra a ordem econômica basta a prova de que a prática empresarial produziu (ou poderia produzir) os efeitos lesivos à estrutura do livre mercado, sem pesquisa do ânimo do empresário.

A caracterização de infração à ordem econômica dá ensejo à repressão de natureza administrativa, para a qual é competente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. O Cade possui um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que julga as infrações, após investigação feita por sua Superintendência-Geral.

Prevê a lei as seguintes sanções administrativas a serem impostas contra os empresários condenados pela prática de infração à ordem econômica: multa, publicação pela imprensa do extrato da decisão condenatória, proibição de contratar com o Poder Público ou com instituições financeiras oficiais, inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, recomendação de licenciamento obrigatório de

Patente titularizada pelo infrator, de negativa de parcelamento de tributos ou cancelamento de benefício fiscal, bem como a determinação de atos societários como cisão ou transferência de controle compulsórios. As decisões administrativas condenatórias, proferidas pelo Cade, são títulos executivos extrajudiciais e comportam execução específica quando impõem obrigação de fazer ou não fazer, podendo o juiz para isso decretar a intervenção na empresa.

Além dessas atribuições, de ordem repressiva, o Cade atua também na esfera preventiva. Algumas operações societárias (fusão ou aquisição de empresa) não são eficazes enquanto não forem aprovadas pelo Cade. O objetivo é evitar a concretização de atos que poderiam limitar ou reduzir a concorrência (LIOE, art. 88).

Página 66

2.2. Concorrência desleal

A repressão à concorrência desleal, por sua vez, é feita em dois níveis pelo direito. Na área do direito penal, a lei tipifica como crime de concorrência desleal os comportamentos elencados no art. 195 da LPI. São exemplos desses crimes: publicar falsa afirmação em detrimento de concorrente, com objetivo de obter vantagem; empregar meio fraudulento para desviar, em seu proveito ou de terceiro, a clientela de certo comerciante; dar ou prometer dinheiro a empregado de concorrente para que este proporcione vantagem, faltando a dever do emprego etc. No plano civil, a repressão à concorrência desleal pode ter fundamento contratual ou extracontratual.

No caso de repressão civil com fundamento contratual, o concorrente desleal deve indenizar o empresário prejudicado, por ter descumprido a obrigação decorrente de contrato entre eles.

A jurisprudência brasileira sobre o tema teve início com uma célebre pendência judicial entre a Companhia Nacional de Tecidos de Juta e Antonio Álvares Penteadado, em que tiveram atuação profissional grandes nomes do direito nacional e estrangeiro, como Rui Barbosa, Carvalho de Mendonça, Vivante e Planiol. A questão era a seguinte: o Conde Álvares Penteadado constituiu a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, transferindo-lhe o estabelecimento empresarial de que era titular (a Fábrica Sant'Anna), e em seguida alienou todas as suas ações nessa sociedade. Algum tempo depois, restabeleceu-se na mesma praça, constituindo uma sociedade concorrente (a Companhia Paulista de Aniagação). O instrumento da alienação era

omisso quanto à possibilidade de restabelecimento do alienante, e a Companhia Nacional de Tecidos de juta defendia a tese de que a cláusula de não restabelecimento seria implícita em avenças dessa natureza. A tese, que hoje é dominante na jurisprudência e na doutrina, não logrou, naquela oportunidade, sagrar-se vencedora.

Desde a entrada em vigor do Código Civil, na omissão do contrato, o alienante de estabelecimento empresarial não pode restabelecer-se na mesma praça, concorrendo com o adquirente, no prazo de 5 anos seguintes ao negócio, sob pena de ser obrigado a cessar suas atividades e indenizar este último pelos danos provenientes de desvio eficaz de clientela sobrevividos durante o período do restabelecimento (art. 1.147). É hipótese de concorrência desleal cuja repressão tem base contratual.

A repressão civil da concorrência desleal com fundamento extracontratual comporta algumas dificuldades. Em primeiro lugar, quando se tratar de concorrência criminosa (LPI, art. 195), não há dúvida que o comportamento correspondente gera, além da responsabilidade penal, a responsabilidade civil de compor eventuais danos.

Página 67

Mas a própria lei (LPI, art. 209) prevê a possibilidade de o prejudicado haver perdas e danos por atos de concorrência desleal não tipificados como crime, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou entre produtos.

O problema é que a teoria clássica da responsabilidade civil, baseada na culpa, não confere solução satisfatória para a aplicação desse dispositivo legal. Ressalte-se, com efeito, que todo empresário, em regime de competição, está com a deliberada intenção de atrair clientela alheia ao seu estabelecimento, provocando, com isso, dano aos demais empresários do mesmo setor. Tanto a concorrência regular quanto a desleal reúnem os elementos que a teoria clássica da responsabilidade civil elegera para caracterizar a obrigação de indenizar (dolo, dano e relação causal). Contudo, somente uma dessas modalidades de concorrência - a desleal - está apta a gerar responsabilidade civil. A distinção entre a concorrência regular e a concorrência desleal é bastante imprecisa e depende de uma apreciação especial e subjetiva das relações costumeiras entre os empresários, não havendo,

pois, critério geral e objetivo para a caracterização da concorrência desleal não criminosa.

3. PROIBIDOS DE EXERCER EMPRESA

Em determinadas hipóteses, à vista da mais variada gama de razões, o direito obstaculiza o acesso ao exercício da empresa a certas pessoas. Trata-se de hipótese distinta da incapacidade jurídica. Os proibidos de exercer empresa são plenamente capazes para a prática dos atos e negócios jurídicos, mas o ordenamento em vigor entendeu conveniente vedar-lhes o exercício dessa atividade profissional. É a própria Constituição, ao estabelecer que o exercício de profissão estará sujeito ao atendimento dos requisitos previstos em lei ordinária (CF, art. 5º, XIII), que fundamenta a validade das proibições ao exercício da empresa.

O principal caso de proibição de exercer empresa que interessa ao direito comercial, hoje, é o do falido não reabilitado. O empresário que teve sua quebra decretada judicialmente só poderá retomar a exercer atividade empresarial após a reabilitação também decretada pelo juiz. Se a falência não foi fraudulenta, ou seja, não incorreu o falido em crime falimentar, basta a declaração de extinção das obrigações para considerar-se reabilitado. Se, no entanto, foi o falido condenado por crime falimentar, deverá, após o decurso do prazo legal, obter, além da declaração de extinção das obrigações, a sua reabilitação penal.

Página 68

O direito comercial proíbe o exercício da empresa também àqueles que foram condenados pela prática de crime cuja pena vede o acesso à atividade empresarial. É o que decorre do disposto no art. 35, 11, da LRE. Assim, se for aplicada, pelo juízo criminal, a pena de vedação do exercício do comércio a determinada pessoa, a Junta Comercial não poderá arquivar ato constitutivo de empresa, individual ou societária, em que o nome dessa pessoa figure como titular ou administrador. Claro que, uma vez concedida a reabilitação penal, cessa a proibição.

Outra hipótese de proibição do exercício do comércio encontrada no direito comercial diz respeito ao leiloeiro (Decreto 21.981/32, art. 36, § 1º).

As demais hipóteses de proibição do exercício de atividade empresarial não interessam, senão indiretamente, ao direito comercial. São previsões localizadas em outros campos do direito, mais precisamente no direito público.

No direito administrativo, é comum prever o estatuto dos funcionários públicos a proibição para que estes exerçam o comércio, como forma, argumenta-se, de evitar que eles se preocupem com assuntos alheios aos pertinentes ao seu cargo ou função pública.

No direito aeronáutico, os serviços de transporte aéreo doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras (Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 216).

No direito constitucional, preveem-se hipóteses de proibição do exercício de determinadas atividades econômicas ao estrangeiro ou às sociedades não sediadas no Brasil, ou não constituídas segundo as nossas leis. É o caso, por exemplo, da assistência à saúde, vedada a empresas com capital estrangeiro, salvo nas exceções legais (CF, art. 199, § 3º).

Há, por fim, no direito previdenciário, norma estabelecendo a proibição do exercício de atividade empresarial aos devedores do INSS (Lei 8.212/91, art. 95, § 2º, d).

O impedido que desrespeitar a proibição está sujeito a consequências de natureza administrativa ou penal. Para fins do direito comercial, ou seja, no que diz respeito às obrigações em que se envolve o proibido, nenhuma consequência existe. Não poderá ele, ou quem com ele tenha contratado, liberar-se dos vínculos obrigacionais, de origem contratual ou legal, alegando a proibição do exercício da atividade (CC, art. 973).

A doutrina costuma acentuar a diferença básica entre a incapacidade para o exercício da empresa e a proibição de ser empresário. A primeira é estabelecida para a proteção do próprio incapaz, afastando-o dos riscos inerentes à atividade econômica, ao passo que as hipóteses de proibição estão relacionadas com a tutela do interesse público ou mesmo das pessoas que se relacionam com o empresário.

Página 69

O direito tem em vista a proteção do incapaz ao bloquear o seu acesso à prática da atividade empresarial, atento à sua deficiência de discernimento. Mas, ao definir que ao falido é vedado o exercício da empresa, o objetivo é o de resguardar os interesses dos demais agentes econômicos que poderiam com este entabular negociações.

4. MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E MEI

A Constituição Federal, no art. 179, estabelece que o Poder Público dispensará tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, no sentido de simplificar o atendimento às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, podendo a lei, inclusive, reduzir ou eliminar tais obrigações. O objetivo dessa norma é o de incentivar tais empresas, criando as condições para o seu desenvolvimento.

Em cumprimento à prescrição constitucional, editou-se a Lei Complementar n. 123, de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte).

A lei define Microempresa e Empresa de Pequeno Porte em função do valor de sua receita bruta anual (Estatuto, art. 3º). No cômputo da receita bruta anual, que é conceito sinônimo de faturamento, considera-se a soma de todos os ingressos derivados do exercício da atividade comercial ou econômica a que se dedica o empresário.

Os empresários individuais, as Eirelis ou as sociedades empresárias ou simples que atenderem aos limites legais deverão acrescer ao seu nome empresarial as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou as abreviaturas ME ou EPP, conforme o caso.

O Estatuto criou o “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”, cuja sigla é Simples Nacional. Trata-se de regime tributário simplificado ao qual podem aderir as microempresas e empresas de pequeno porte. Os optantes do Simples Nacional pagam diversos tributos (IR, PIS, IPI, contribuições e, eventualmente, o ICMS e o ISS) mediante um único recolhimento mensal, proporcional ao seu faturamento.

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional estão dispensadas de manter escrituração mercantil, mas devem emitir nota fiscal e conservar em boa guarda os documentos relativos à sua atividade (Estatuto, art. 27).

Página 70

As não optantes devem manter a escrituração de um livro específico, chamado *Livro-Caixa* (art. 26, § 2º).

Em 2008, o Estatuto foi alterado para a criação da figura do Microempreendedor Individual (MEI) (art. 18-A). Trata-se do empresário individual que tenha auferido receita bruta anual até determinado limite, fixado na lei. Além de se beneficiar com a ampla simplificação dos procedimentos de inscrição no Registro do Comércio e cadastros fiscais e dispensa de escrituração, o MEI tem o direito de recolher os tributos abrangidos pelo Simples Nacional por meio do pagamento de valores fixos mensais.