

Caríssima(o) Associada(o),

Com desmedida satisfação apresento os livros dos Grupos de Trabalho, do XXIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de João Pessoa entre os dias 5 a 8 de novembro de 2014. Registro a satisfação de presidir um Congresso do CONPEDI, com a honrosa e difícil situação de substituir o nosso presidente Professor Vladimir Oliveira da Silveira, que realizou proíficas administrações. .

Cabe aqui o registro de que, “mais uma vez, superamos a marca de artigos submetidos ao nosso evento e a participação de mais de setenta programas de pós-graduação reconhecidos pela CAPES/MEC – o que confirma a expansão e credibilidade de nossa associação. A partir do árduo trabalho dos associados conseguimos colocar o CONPEDI entre os maiores eventos científicos, do Brasil e das Américas, recebendo cerca de 2000 artigos científicos, envolvendo mais de 300 avaliadores na organização de 80 grupos de trabalhos, inseridos entre as inúmeras linhas de pesquisa dos nossos mais de 80 programas stricto sensu na área do Direito”. Ao longo desses últimos anos, o CONPEDI fez florescer a pesquisa jurídica como uma importante aliada para a construção de uma sociedade mais democrática, justa e solidária, como sempre assinalou nosso ex-presidente, o professor Vladimir Oliveira da Silveira.

O Congresso desenvolveu a temática sobre “A humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI”. Sem dúvida é marcada a importância do debate, nos primórdios do século XXI, quando estamos diante de uma série crescente de desafios ao Direito.

Ao longo dos 04 (quatro) dias do congresso foram debatidos, uma série de temas da maior relevância para o Direito, tais como: (1) Instrumentos de efetivação de Direitos Fundamentais, (2) Experiências interdisciplinares em Direitos Humanos, (3) Democracia e Cidadania na América Latina , (4) ensino jurídico, (5) justiça de transição, (6) A humanização do mundo; (7) Direitos Econômicos, sociais e culturais e desenvolvimento; (8) Educação Jurídica: o novo marco regulatório; (9) Humanização das penas; (11) Teoria do

Direito e gênero nos Tribunais Internacionais; (12) Direito e Sustentabilidade; (13) O Direito Internacional Público Contemporâneo; (14) Direito e Economia; (15) Direito e Novas Tecnologias; (16) Direito do Consumidor; (17) Direitos Econômicos e Globalização; (18) Direito Internacional e globalização; (19) desafios do novo código de processo civil; (20) A atualidade do pensamento de Celso Furtado, dez anos depois de sua morte; (21) Acesso a justiça; (22) fomento e inovação em pesquisa; (23) efetividade do Direito Ambiental na contemporaneidade e (24) Biodireito. Registramos igualmente, a realização dos fóruns dos Coordenadores e da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI.

Importante destacar e reconhecer o apoio recebido do CNPq e da CAPES. Registramos também o comparecimento e participação da professora Cláudia Hoesler, coordenadora da área, que recém nomeada, procurou assinalar as linhas gerais de sua atuação e a ela desejamos uma feliz condução da área a exemplo do que foi realizado pelo seu antecessor, professor Martônio Mont’Alverne Barreto Lima.

É importante fixar que, dando continuidade a grande aproximação que foi desenvolvida pela diretoria anterior, com o IPEA nos últimos anos, ampliamos o diálogo institucional principalmente através do painel Contribuição da Estatística para a Pesquisa Jurídica, onde concretizamos um avanço no debate sobre métodos quantitativos e pesquisa jurídica.

Não podemos deixar de realçar o grandioso esforço da equipe da UFPB, da UFCG e especial destaque para a UNIPÊ, Evidente que os desafios foram imensos, mas enfrentados e finalmente superados, pelos professores, técnicos, discentes da pós-graduação e da graduação.

Florianópolis, verão de 2015

Raymundo Juliano Feitosa

Presidente do CONPEDI

APRESENTAÇÃO

O Código Civil de 1916 e o Código Comercial de 1850 foram redigidos sob a égide do Estado Liberal, com influências políticas e econômicas vigentes ao final do século XIX. Todavia, no começo do século XX, na Europa e em boa parte dos países de primeiro mundo, deu-se início ao Estado Social, fazendo com que a legislação constitucional e a infraconstitucional fossem drasticamente reformuladas. O espaço entre o Direito Constitucional e Infraconstitucional se reduz consideravelmente.

A evolução do Estado Moderno que se divide historicamente do final do Estado Absoluto em Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, representou sempre grande influência para o Direito Privado. O Estado Absoluto caracterizou-se pela concentração dos poderes nas mãos de poucos ou de apenas uma pessoa, bem como pela insegurança jurídica, especialmente quanto às liberdades individuais e à propriedade privada. Não existiam os limites de ordem constitucional, hoje tão comuns, que protegem o indivíduo da ação estatal. Este período é perfeitamente definido por Luiz XIV quando aos 17 anos e já governante francês declarou que *“L'état c'est moi”*. Neste período não havia segurança jurídica nas relações, pois as ações do Estado eram inquestionáveis, dada a enorme concentração de poderes, desaguando a intervenção inadequada do Estado em problemas também na seara privada.

Este momento durou até o surgimento do Estado Liberal, que se caracterizaria pela ascensão do poder econômico e político da burguesia, fazendo com que o absolutismo monárquico do Estado anterior fosse substituído por um primeiro estágio de conquista de liberdades e, posteriormente, pela sua exploração desmedida. Neste estágio, o Estado normalmente não intervinha nas relações individuais, sendo definido como Estado mínimo, garantidor de liberdades individuais e da propriedade privada, sem a mesma força do Estado absoluto. Contudo, esta liberdade, com o uso do poder econômico pelo mais forte diante dos vulneráveis, passou a se tornar um instrumento nefasto de dominação política, econômica e social.

Os valores prestigiados até então pelo Estado e, conseqüentemente, pelo Direito eram o progresso e o desenvolvimento econômico, optando-se por proteger sócios, administradores e empresários em detrimento de outros interesses menos importantes na época e, por este motivo, sacrificáveis diante dos valores daquele momento. Por conta disso, revoltas surgiram pelo mundo, fazendo com que surgisse um novo estágio, o Estado Social.

O Estado Social surge como opção do capitalismo ao Estado Liberal e ao Estado Socialista. A ideia central seria a busca da justiça e bem estar sociais. O Estado não poderia mais se furtar a prestar ou garantir aos seus indivíduos um melhor acesso aos bens e serviços produzidos. Esta distributividade deveria ser pautada de forma equitativa, utilizando-se em especial dos contratos como seu instrumento. Foi a substituição do *laisser-faire* do Estado Liberal, que primava basicamente pela manutenção da ordem e da segurança, privilegiando notadamente a propriedade e a liberdade, pelo *Welfare State* do Estado Social, que primava pela redução das desigualdades sociais e a redução paulatina de inúmeros problemas sociais.

A partir do momento em que o Direito constatou que acima dos valores exclusivamente liberais estão o direito à vida, à dignidade, à solidariedade, à justiça social, ao meio ambiente, dentre outros, abre-se caminho para novas teorias. Com isso, o direito público passa a ter como parâmetro a defesa dos cidadãos de forma mais justa e igualitária, não apenas os interesses individuais e a propriedade privada mediante as garantias de ordem negativa, mas a formação de uma realidade constitucionalmente social, no sentido de garantir aos seus cidadãos uma existência digna, com a criação de garantias de ordem positiva.

O Direito Privado, apesar de mais lentamente, não poderia deixar de fazer o mesmo, passando a adotar os ideais de justiça social, solidariedade e dignidade da pessoa humana, além dos próprios direitos fundamentais (normalmente exercidos em face do Estado) nas relações privadas. É o que autores como Pietro Perlingieri na Europa e Paulo Luiz Netto Lôbo no Brasil chamaram de constitucionalização e repersonalização do Direito Civil.

Um dos principais problemas por que tem passado o Direito Privado nas últimas décadas tem sido a sua visão eminentemente liberalista infraconstitucional, doutrinária e por várias vezes jurisprudencial, focando quase que de forma absoluta

em interesses individuais e na propriedade privada, afastando-se dos princípios e da evolução por eles propiciada, visão esta destoante dos interesses sociais atuais, constitucionalmente garantidos. Apesar de se estar vivendo já há algum tempo em um Estado Social por via das últimas Constituições, tal qual alguns juristas que foram formados nas últimas décadas, boa parte da legislação brasileira de ordem privada foi criada sob a égide de influências liberais. Infelizmente essa fuga dos valores socialmente relevantes e do caminho da ciência do Direito rumo ao uso mais frequente de princípios jurídicos ainda encontra respaldo de juristas de renome e do próprio legislador, tal qual como visto no projeto de Código Comercial em tramitação.

Uma das tentativas de mudança mais consideráveis implementadas na legislação brasileira infraconstitucional, nos últimos anos, foi o Código Civil de 2002. Antes dele, vários doutrinadores já davam novo sopro de humanização às relações privadas, no entanto, ganhou fôlego com sua vigência e a gradual mudança de paradigmas, ao propor uma alteração nos fundamentos eminentemente liberais para fundamentos socialmente relevantes, tais como os valores da socialidade e eticidade defendidos por Miguel Reale para a Lei n.º 10.406/2002. Além disso, o Código Civil em vigor também teve o condão de revogar boa parte do superado Código Comercial do Império (1850), que era baseado no Código francês de Napoleão, do princípio do século XIX. Com a revogação, os ideais aplicados às relações de natureza civil também seriam aplicáveis às relações de natureza empresarial. É o que boa parte da doutrina atual chama no Direito Civil de repersonalização.

Tais valores tiveram a função de humanizar o Direito Privado brasileiro, de repersonalizar as relações desta natureza. Com isso, o Estado não teria mais a função apenas de resolver possíveis demandas de ordem privada, mas intervir nas relações a ponto de garantir a sua própria função, qual seja o bem-estar social. Não bastaria a garantia apenas da função individual, tão importante e que merece também proteção, mas especialmente da função social dos institutos de Direito Privado. No Direito Civil este estudo já vem se desenvolvendo e consolidando há anos, porém, no Direito Empresarial, é considerada para muitos como verdadeira heresia a pretensão da (re)personalização, carecendo de um trabalho mais profundo.

O Direito como instrumento de regulação e garantidor das relações e anseios da sociedade tem o papel fundamental de criar mecanismos para o controle das

atividades empresariais, bem como de instrumentos que garantam a sua existência em justo equilíbrio, não só econômico, mas social também. É certo que o excesso de intervenção afugentaria investidores e, conseqüentemente, dificultaria o desenvolvimento da própria economia do país, contudo, o excesso de liberdade geraria um risco desnecessário à estabilidade econômica e social.

Destarte, diante da massificação das relações econômicas e da necessidade de uma evolução nos paradigmas do Direito Empresarial contemporâneo é que suas relações passaram a ter como fundamentos os novos princípios regentes do dito Direito Civil-Constitucional (especialmente a função social, a ética e a boa-fé objetiva), transformando o oitocentista Direito Comercial (porém vigente até recentemente) no Direito Empresarial do século XXI, pós-industrial. O problema é que boa parte da doutrina ainda hoje vê o Direito Empresarial como aquele regulado pelo Código de Napoleão na primeira década do século XIX.

Decerto que ainda o objetivo de lucratividade e a individualização do risco se mantêm, uma vez que o objetivo do investidor é não só a circulação patrimonial, mas também, mais do que isto, um acréscimo de suas riquezas. Todavia, hoje não se admite mais que o empresário tenha uma visão absolutamente centrada de que suas atividades devem privilegiar única e exclusivamente a sua pessoa.

O que se observa é que toda esta visão individualista e patrimonialista do Direito Comercial não poderia ser transportada para o moderno Direito Empresarial, que, ao contrário do primeiro, não teria nascido de normas de influência exclusivamente liberal, mas de normas de caráter eminentemente social, mudando as perspectivas dos seus sujeitos em suas relações jurídicas.

Apesar de a legislação infraconstitucional brasileira de ordem social ser ainda tímida e em constante construção, não deve a doutrina e a jurisprudência se curvarem a ideais aplicados em estágio superado da história jurídica ainda nos tempos atuais. A sociedade atual passa por transformações diárias que forçam o Direito a necessárias e contínuas modificações, que nem sempre ocorrem no plano infraconstitucional, tornando por diversas vezes inúteis certas conquistas no plano constitucional. Quando ocorrem estas alterações, muitos acabam sendo refratários a elas, visto que o uso de princípios e valores socialmente relevantes é muito mais trabalhoso do que a mera subsunção de regras postas.

Com a evolução do Estado e com o desenvolvimento de novos objetivos econômicos impostos pelo capitalismo moderno, além da criação de novos métodos socialmente irrelevantes e até mesmo fraudulentos, surge a necessidade de novas interpretações das normas jurídicas vigentes por parte do aplicador do Direito e da elaboração de um corpo normativo mais moderno e efetivo pelo Legislativo. Daí a criação e aprovação do atual Código Civil de 2002, da Lei Recuperacional e Falimentar de 2005 e de outras normas de influência também social, porém, ainda com a necessidade de serem complementadas por novas normas de conteúdo social, de decisões judiciais melhor elaboradas, bem como por correções ainda necessárias na própria legislação privada.

O Código Civil, por si só, não consegue atender aos objetivos atuais do Direito Privado, sendo necessário um diálogo entre as diversas fontes do Direito, constitucionalizando as relações privadas com novos valores como socialidade, eticidade e operabilidade. Entende-se por socialidade a mudança de paradigmas do Direito Privado brasileiro: de um direito que privilegiava única e exclusivamente os interesses individuais e a propriedade privada para assumir uma postura de prevalência de interesses coletivos e a valorização da dignidade da pessoa humana.

Ademais, outro valor a ser ressaltado é o da eticidade. Por eticidade entende-se a substituição do formalismo excessivo do Código Civil de 1916 pela aplicação de princípios referenciais como a equidade, a boa-fé e a justa causa, dentre outros. É a aplicação de princípios de conteúdo mais metajurídico do que positivado.

Finalmente, por operabilidade deve-se entender um dos principais fins do Direito, ou seja, a efetividade de suas disposições. De nada adiantam normas, regras, princípios que não tenham efetividade. O princípio da operabilidade tem a ver com o fato de se criar instrumentos que não só deem direitos a determinados sujeitos, mas também que estes possam efetivamente vê-los cumpridos.

Contudo, enquanto o Direito Civil caminha para a aplicação efetiva destes valores, o Direito Empresarial ainda não saiu completamente de sua crisálida e vive sua fase de Direito Comercial, continuando a aplicar ideias criadas para solucionar problemas do início do século XIX até meados do século XX. O tratamento dado é como se empresário fosse ou devesse ser ainda o sujeito mesquinho com interesses exclusivos no lucro, não se preocupando com os outros sujeitos interessados em seus negócios.

O empresário deve se preocupar não só com ganhos pessoais, mas com estes ganhos dentro de uma função social e não meramente individual. Não só a propriedade e os contratos devem hoje cumprir com sua função social, mas a empresa como atividade econômica também. Até porque empresa seria uma atividade que depende embrionariamente de bens para ser exercida e tem como base a prestação ou circulação de serviços ou a produção ou circulação de bens que se finda pelo contrato.

Por este motivo é que cada vez mais doutrinadores defendem a constitucionalização do Direito Civil e, por que não dizer, do Direito Privado, incluindo o Direito Empresarial. As ideias de alguns autores atuais do Direito Privado, como Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Paulo Luiz Netto Lôbo, deram frutos para a criação da teoria da (re)personalização do Direito Empresarial e a aplicação crescente da função e responsabilidade social da empresa, bem como a sua condição de centro polarizador de interesses relevantes individual e socialmente.

Apesar de ser conhecido e laureado como professor e escritor de Direito Comercial, o português Orlando de Carvalho foi quem primeiro escreveu sobre a teoria da repersonalização do Direito Civil, trazendo há mais de duas décadas a ideia de que o Direito Civil, conhecido como o mais patrimonialista de todos os ramos do Direito, retornasse à sua origem antropocêntrica, repersonalizando todas as suas relações e recolocando o ser humano como fim de toda relação jurídica.

O que se verifica é que a repersonalização não anula a importância do patrimônio para o Direito, pelo contrário, este continua sendo importante objeto de estudo e proteção do Direito, bem como verdadeiro instrumento de realização da pessoa. Mas de nada adianta a sua proteção sem que se tenha em mente que antes dele estão os seres humanos, as atuais e futuras gerações. Disso decorrem ideias como a função social da propriedade, dos contratos e da empresa, sem perder de vista outros princípios como a boa-fé objetiva e o solidarismo jurídico.

Justamente partindo deste ponto de vista é que o CONPEDI optou para em 2014 realizar seu XXIII Congresso Nacional como o tema “A humanização do Direito e a horizontalização da justiça no século XXI”. O Direito e seus aplicadores e estudiosos não podem mais se furtar de um processo de interpretação e aplicação mais humana a partir do século XXI. O especialista em Direito Empresarial não pode

agir de forma diversa, como se existissem dois direitos, um para o campo empresarial e outro para as demais linhas de estudo. Por mais que o patrimônio no Direito Empresarial ganhe força maior do que em outros ramos, o que é normal, não pode perder de vista que a conduta dos sujeitos é o cerne do Direito, como destaca Pontes de Miranda. A propriedade acaba colocada em um patamar de meio que propicie melhores condições à pessoa e não o inverso, daí a repersonalização do Direito.

Divide-se, portanto, esta obra em quatro eixos, a saber, Teoria do Direito Empresarial, Direito Societário, Direito e Concentração Econômica, Contratos de conteúdo empresarial e Direito Recuperacional e Falimentar.

No primeiro eixo, observa-se a existência de textos como “Aplicação de princípios constitucionais: um diálogo das fontes entre os direitos da empresa e os direitos do consumidor” que trata sobre o uso de princípios desenvolvidos para a aplicação no Direito Empresarial e o Direito do Consumidor em face da Constituição brasileira vigente; “Solidariedade social pelas empresas: funcionalização da responsabilidade social, função social e ação social” que verifica o uso do princípio da solidariedade nas relações empresariais; os textos “A empresa individual de responsabilidade limitada: a lei nº 12.441/2011 e suas implicações ao direito de empresa pátrio” e “Aplicação da teoria dos direitos da personalidade à empresa individual de responsabilidade limitada” avaliando a novel EIRELI e suas implicações teóricas e práticas; e “A empresa familiar: desafios e soluções jurídicas” destacando que o mercado brasileiro é fortemente influenciado e influencia negócios de caráter familiar.

No eixo societário e dando sequência ao texto anterior vê-se artigos como “Adequação e conformação da ‘tipicidade societária’ como prática de governança jurídica nas empresas familiares” que trata sobre a governança de sociedades no âmbito familiar; os textos “O controle minoritário no Brasil”, “Considerações preambulares sobre a atuação e escolha dos administradores judiciais em conflitos societários” que observam o poder de controle nas sociedades brasileiras e a prática da governança corporativa; “Sociedade limitada como *holding* pura familiar: simples ou empresária?” que avalia a natureza das *holdings* no direito brasileiro; “Responsabilidade do administrador de sociedade empresarial perante terceiros: questão necessária ao combate à corrupção na administração pública” que observa

a inserção das sociedades empresárias em um contexto social; e “A sociedade anônima simplificada (RE-SAS) e o fenômeno de simplificação das estruturas corporativas” que avalia o projeto de lei para a criação de uma nova figura intermediária para as sociedades por ação.

No terceiro eixo sobre o direito e concentração econômica surgem os textos “Análise da jurisprudência do STJ em questões de responsabilidade intragrupal”, “Responsabilização empresarial: os grupos societários em perspectiva” e “Breves notas sobre as bases históricas da formação da disciplina de antitruste” que avaliam situações cada vez mais frequentes nas relações econômicas e jurídicas do país, fatos que o Direito não pode mais deixar de avaliar.

O eixo sobre os contratos de conteúdo empresarial, dois textos ganham destaque, “*Equity crowdfunding*: Solução de investimento para constituição de Pequenas e Médias Empresas?” e “*Leasing* de aeronaves e o caso empírico Varig” que avaliam o uso prático cada vez mais frequente dos institutos pelos empresários brasileiros.

Por derradeiro, mas não menos importante, o quinto eixo trata sobre o novel direito recuperacional e falimentar, a saber, “Aplicação da proporcionalidade na recuperação judicial de empresas como instrumento de concreção do direito fundamental ao trabalho” e “A proteção aos créditos bancários na recuperação judicial e falência: verdadeiros objetivos da lei”.

O que de comum se observa na maioria dos textos é a influência da constitucionalização sobre o Direito Empresarial. Sendo a empresa encarada de forma unitária pela teoria da empresa, passa ela a ter o dever de cumprir com uma função social em cada ramo do Direito. A partir desta ideia de unidade empresarial, aplicar-se-ão também ao Direito Empresarial os valores e princípios regentes do Código Civil em vigor, ou Código de Direito Privado, como se prefere denominar, sendo possível entender a sua função e a responsabilidade social da empresa, bem como a sua interação com sujeitos interessados na empresa (*stakeholders*).

Ademais, partindo da doutrina do diálogo das fontes de Claudia Lima Marques, pode-se dizer que não há mais espaço nos dias atuais ao estudo de normas jurídicas relacionadas de forma estanque a apenas aquele ramo do Direito

objeto de estudo. Deve-se partir da ideia de que as fontes dialogam entre si, guardando apenas algumas especificidades de cada matéria.

Mais do que isso, em tempos de constitucionalização do Direito Privado, o Direito Empresarial deve ser interpretado a partir das normas jurídicas constitucionais, não ficando encarcerado como até o período liberal aos códigos. Seria o Direito Empresarial constitucionalizado a partir desta forma nova de interpretação muito mais sistemática do que ocorreu nos últimos séculos.

O grande problema é que a Ordem Econômica nas Constituições não é uma novidade do texto de 1988, mas somente após o seu advento é que se tornou efetiva a sua aplicação nas relações empresariais, talvez pela sua relação com a ordem social nos textos constitucionais anteriores e influências liberais infraconstitucionais. Infelizmente o entendimento de boa parte da doutrina ainda é considerar como fonte do Direito Empresarial apenas os códigos através de fundamento oitocentista e liberal já superado. É fato, portanto, que a Constituição é fonte também do Direito Empresarial, fundamento norteador das normas infraconstitucionais.

O grande problema está no prognóstico possivelmente tenebroso para o Direito Empresarial. O projeto de Código Comercial em seu texto elenca como princípios o da liberdade de iniciativa, da liberdade de competição e da função social da empresa, contudo, estranhamente, um projeto que inicia com a relação de princípios acaba mais adiante dispondo que nenhum princípio poderia afastar a incidência de seus dispositivos, adotando a equivocada ideia de que os princípios têm aplicabilidade tão somente a partir das lacunas abertas pelas regras.

Assim, é com muito prazer que fui convidado a coordenar um grupo de trabalhos e organizar o presente livro do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI com trabalhos que demonstraram não estarem mais vinculados apenas e tão somente aos institutos clássicos do Direito Comercial, dando novo fôlego ao Direito Empresarial brasileiro.

José Barros Correia Junior