

O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA DO DIREITO PRIVADO E A CENTRALIDADE DO OBJETIVO LUCRATIVO DA EMPRESA

Fabiano Hartmann Peixoto

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB (Universidade de Brasília - Capes 6). Professor Adjunto da UnB (Universidade de Brasília - Capes 6).

E-mail: <fabiano_hp@hotmail.com>.

Debora Bonat

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB (Universidade de Brasília - Capes 6). Coordenadora de Pesquisa e Professora do CESUSC.

E-mail: <debora_bt@hotmail.com>.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal identificar as coincidências e contradições entre a orientação contemporânea ao direito privado, pelo deslocamento da diretriz patrimonialista, e a centralidade do objetivo lucrativo da atividade empresarial. Buscando estruturar um raciocínio pelo método dedutivo, serão tratados os contornos constitucionais ao direito privado, os paradigmas para o direito civil na contemporaneidade, de natureza infraconstitucional, para as pessoas que desenvolverão a atividade empresária e a centralidade no papel do lucro para a definição de direitos e deveres empresariais. Com o presente trabalho, portanto, tem-se como objetivo demonstrar que a atividade empresária, assim como as demais atividades privadas, devem ser orientadas pelos princípios constitucionais. O lucro não pode, por outro lado, ser demonizado, mas não é ele que qualifica a atividade empresarial e sim o cumprimento dos seus elementos substanciais. O trabalho buscará verificar algumas situações em que a dogmática não se comporta dessa forma e contrária, portanto, as teses pós positivistas.

Palavras-Chaves: Direito Empresarial. Lucro. Pós-positivismo. Função social.

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o direito privado de uma forma geral, e o direito empresarial não foge a regra, é orientado por um conjunto normativo muito amplo. No presente trabalho, buscar-se-á apresentar alguns aspectos referentes ao enquadramento do lucro no direito empresarial, mas eventuais conceitos, classificações, dimensões e finalidades da empresa e do empresário serão observados a partir do viés principiológico do direito privado. Assim, uma determinada regra aplicável ao direito empresarial não poderá deixar de ter fun-

damento de validade na dignidade humana, na eticidade, na razoabilidade, na sociabilidade e na operabilidade. Caso contrário, corre-se o risco de manter um sistema que não dá conta da pluralidade e dinamismo da sociedade.

Para uma boa compreensão atual é importante verificar que houve uma mudança paradigmática (padrão de entendimento) importante para o direito privado. Deixa a centralidade a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* (fundamentais ao individualismo) ingressando como marcos a eticidade (boa fé ampliada) e a sociabilidade (atenção às exigências da função social). O absolutismo da propriedade (fundamental ao patrimonialismo)

cede espaço às demandas da função social (da propriedade, da posse, dos contratos, etc.), a garantia do mínimo existencial, da lealdade e boa-fé no trato dos negócios jurídicos. Proteção à moradia e ao trabalho, como expressões de uma vida digna devem orientar os vínculos jurídicos. As imutabilidades dos vínculos conjugais e a estratificações na filiação, fundamentais para a aglutinação e amálgama patrimoniais, cedem a proteção existencial e o patrimônio como instrumento para garantia de tal existência. Os vínculos afetivos passam a contar com novas tentativas de proteção, orientados também para a proteção da existência digna. Nesse sentido, acentuam-se as tentativas de proteção de grupos vulneráveis (unificando-se a condição de filiação, por exemplo), operacionalizando as uniões familiares, flexibilizando-se os vínculos estabelecidos pelas opções pessoais e protegendo os vínculos sócio-afetivos. À isso, também estão associados sistemas normativos para proteção de outros grupos vulneráveis, tais como consumidores, trabalhadores, crianças e idosos.

Com as singelas observações acima é possível visualizar a grandeza, o desafio e a beleza de se estudar a normas incidentes sobre pessoas (naturais e jurídicas), pelo direito, com esses objetivos, que não podem se afastar, quer pelo tecnicismo, quer pelo tradicionalismo estéril, da realização e da permanente evolução, do conceito de existência digna. A lealdade, o respeito a uma convivência coletiva leal, construtiva e colaborativa devem orientar os vínculos jurídicos e, por sua vez, a torpeza, o ardid, a esperteza desleal, o egoísmo, a vaidade, a vantagem pela vantagem não combinam com esse ambiente desejável.

Assim, os parâmetros de regulação civil para as pessoas que desenvolverão a atividade empresarial não devem ter no lucro a centralidade para a definição de direitos e deveres empresariais. A atividade empresarial, assim como as demais atividades privadas, devem ser orientadas para a concretização dos princípios acima mencionados. Isso pode parecer algo desconfortável. Não se trata, nem de perto, de negar o lucro à atividade empresarial. Ele pode ser uma recompensa pelo risco assumido pela atividade empresarial e pelos seus sujeitos. Pode ser uma recompensa, mas a atividade empresarial é mais que um equilíbrio entre risco e lucro. Ela desempenha uma importante função social e hoje o paradigma individualista não é mais o que impera.

Há algumas décadas, se alguém falasse em parâmetros para reajustes de aluguéis em contra-

tos privados, ou a cobertura necessária em contratos de prestação de serviços médicos surgiriam desconfortos. Hoje não, pois é muito clara a função social que desempenham tais exemplos de contratos e a possível [e muitas vezes altamente recomendável] a relativização da autonomia privada. Tanto locador, quanto prestador de serviços também assumem riscos, mas encontram limites nas suas expectativas de resultados pela atenção a princípios com maior peso.

Assim, parece muito convergente que o objetivo lucrativo não deve ser considerado tão central. Se a prioridade na atividade empresarial é o cumprimento da função social, a realização de lucro, como superávit econômico, por outra via, não deveria ser utilizada pelo Estado para o deferimento ou não de prerrogativas para a atividade empresarial. O fator a ser avaliado, então, não seria a capacidade superavitária econômica, mas o desempenho da atividade socialmente responsável e relevante, isto é, uma atividade empresarial plena e cumpridora das suas funções constitucionais, mesmo que esteja, por exemplo, em crise.

2 CONTORNOS PARA O DIREITO PRIVADO NO PÓS-POSITIVISMO

Levando-se em conta a limitação espacial de um artigo, o que não permite desenvolver vários conceitos operacionais relevantes para a ideia de um direito privado pós-positivista, busca-se aqui instrumentalizar o trabalho com alguns contornos importantes.

O direito privado, no paradigma positivista (ainda com influência na interpretação do direito), seria orientado pelo individualismo e pelo patrimonialismo [fundamentais para centralidade do lucro na observação da atividade empresarial]. O paradigma pós-positivista sustenta a orientação pela eticidade e sociabilidade. Quais os contornos dessa mudança paradigmática?

Em um trabalho de sistematização e comparação didática, Aguiló Regla (2008, p. 11-28) apresenta uma série de tópicos, pelos quais os pontos de convergência e divergência entre os paradigmas do positivismo e do pós-positivismo podem ser destacados: de início apresenta dois modelos: o modelo de regras, elemento marcante do positivismo e o modelo de regras e princípios do pós-positivismo. No primeiro, o modelo de regras é apresentado como adequado ao sistema jurídico

positivista. Para tanto, o ideal regulativo é o da tipicidade, cuja valoração é feita por ocasião da criação da regra e não da sua utilização. Em tal modelo, as normas devem ser precisas, diretas e fechadas. As normas abertas ocorrem por imprecisão da técnica legislativa ou, em última análise, como hipóteses de delegação legislativa. Tal modelo foi erguido pelos ideais da previsibilidade e da certeza.¹

Por outro lado, no paradigma pós positivista, embora considere-se as regras necessárias, um modelo puro de regras é insuficiente. Para a constituição do conceito integral de norma é fundamental a inclusão de princípios², ou seja, o modelo é o de regras e princípios. Os princípios, ao contrário das regras trazem razões não peremptórias, isto é, dão uma razão para um determinado comportamento, mas não afastam outras possíveis razões, impondo ao caso concreto uma prática deliberativa, um processo de ponderação para verificação da força dessas razões e solução incidental (ROESLER, 2007, p. 44). A importância dos princípios neste modelo normativo é tamanha que se tornam, inclusive, vetores de criação e valoração das próprias regras, dando o seu sentido de coerência material. Alexy (2014, p. 52) define princípios como mandamentos de otimização “[...] *each taken alone, always comprise a merely prima facie requirement. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of the other principles is brought about by balancing.*” Ou seja, mandamentos de otimização, que serão cumpridos na maior medida possível, levando-se em conta as condições jurídicas e fáticas existentes.

Em relação ao modelo das relações lógicas entre normas e ao modelo de relações lógicas e relações de justificação, Aguiló (2008) expõe que, no positivismo, entre as regras de um sistema se dá uma lógica de dedutibilidade e eventuais e in-

desejáveis conflitos de normas se resolvem pela prevalência de uma sobre as demais, por critérios definidos baseados na hierarquia, posterioridade e especialidade. Já no pós positivismo prega-se uma relação de coerência valorativa para o conjunto normativo, isto é, para regras e princípios. Para as regras há ainda um processo de solução de conflitos baseado na hierarquia, posterioridade e especialidade. No entanto, quanto as normas-princípio, distante da posição positivista do “tudo ou nada”, há a coexistência de normas, que no caso concreto deverão triunfar, sem se dizer que em outro caso concreto não poderá triunfar a norma contrária, isto é, incidirão com critérios de ponderação.

Outro elemento de distinção entre os dois paradigmas, apontado por Aguiló (2008), é o da correlação entre direitos e deveres à prioridade justificativa dos direitos. Enquanto para o positivismo, dizer que um sujeito ou uma classe de sujeitos têm direitos, significa dizer que outro sujeito ou outra classe de sujeitos teriam deveres correlatos. No modelo pós positivista, embora haja o reconhecimento dessa correlação num aspecto trivial, em termos de justificação ela se perde, pois para o reconhecimento de um direito não há a necessária imposição de um dever. Também, por outro lado, a imposição de deveres não serve para justificar a titularidade de direitos.

Outro marco importante de diferenciação entre os dois paradigmas diz respeito à substituição pelo pós positivismo do modelo de submissão pelo de subsunção (regras) e de ponderação (princípios). Para o positivismo, o caso concreto a ser resolvido deve se encaixar na hipótese genérica prevista pela regra. A ausência desse ajuste é atribuída a um problema de qualificação, pela perspectiva do caso concreto, ou de interpretação, pela perspectiva da regra. Já no pós positivismo há a percepção que as regras demandam essa perspectiva de subsunção, contudo os princípios podem demandar um modelo de ponderação³,

1 Importante ressaltar, como explica Pietro Sanchís (2005, p. 135): “[...] desde el positivismo, en efecto, se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta (el llamado paleopositivismo), como la tesis de la discrecionalidad (kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo, o asumiendo las consecuencias del mismo, resulta posible encontrar tambien defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini, Comanducci).”

2 Para Figueroa, a Teoria de Alexy concebe os princípios como mandados de otimização, no sentido de indicar ao juiz que a norma deve ser aplicada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. In: (FIGUEROA 2005, p. 179).

3 Uma acepção para a palavra ponderação, segundo Pietro Sanchís, é “[...] la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. [...] lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. [...] Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias y del mismo valor.” (PIETRO SANCHÍS, 2005, p. 137).

A ponderação tem os seguintes passos: o primeiro deve ser a identificação de um fim constitucionalmente legítimo para uma possível interferência em outro direito ou princípio. O segundo requer

no qual, mais de um princípio pode ser aplicado ao caso concreto, porém, feito um juízo técnico e racional de razoabilidade e proporcionalidade se chegará à norma triunfante a ser aplicável⁴.

Estas distinções entre paradigmas acarretam, segundo Aguiló (2008), em uma outra possibilidade comparativa – o ensino do Direito. Seguindo o paradigma positivista, conhecer o Direito é conhecer o conjunto de regras. Quanto mais destas regras se sabe, mais conhecimento se tem do Direito. É um conhecimento memorístico e sistemático, com inegável tendência a especialização. Percebendo-se o crescimento exponencial de regras, pelo aprofundar da complexidade das relações humanas, o pós positivismo enfrenta o fenômeno da volatilidade das regras e se apegua ao potencial explicativo e racionalizador dos princípios. Assim, o ensino do Direito se orienta, no paradigma pós positivista, para o desenvolvimento de habilidades metodológicas voltadas às soluções dos problemas jurídicos.

Com estas comparações já é possível uma destinação mais representativa dos dois marcos. Diante de infundáveis e inegáveis fenômenos ine-

a convicção na adequação e amplitude da medida em relação ao bem ou finalidade de protegida. O terceiro é a verificação da necessidade, isto é, que não pode haver outra medida. Por fim, a ponderação se completará pelo juízo de proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a busca de um certo equilíbrio entre os benefícios obtidos com a medida e os danos ou lesões a outros bens, valores ou direitos. (PIETRO SANCHÍS, 2005, p. 150-151).

- 4 Para Alexy, o ponto central distintivo entre os dois modelos normativos é que “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Princípios são por ele qualificados como *mandamentos de otimização* e têm como característica a possibilidade de satisfação em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90).

A construção teórica para a ponderação observa que, com grande frequência, o caráter principiológico das normas, especialmente as de direitos fundamentais é manifestado, até mesmo de forma referencial, quando se fala em valores, objetivos ou regras sobre distribuição de algum ônus argumentativo (ALEXY, 2007 p. 86). Contudo, Alexy não nega – muito pelo contrário – a existência de regras, inclusive sob o ponto de vista da análise estrita de direitos fundamentais, em que há espaço inclusive para uma direta aplicação de um raciocínio dedutivo. Para a proposta de Alexy, tanto princípios quanto regras são normas e dizem o que deve ser. Ambas são expressões básicas do dever, da permissão e da proibição. (ALEXY, 2007 p. 87).

rentes à natureza humana, argumentos colocados pela razão racionalizante positivista se mostram deficitários na decifragem do mundo contemporâneo.⁵ Estabelecida uma ideia do significado do marco pós positivista, o fato é que o aparelho estatal mergulhado numa crise interminável, havendo a percepção de uma fragmentação social, inclusive, numa deslegitimação do Estado que se desenvolveu a partir do modelo chamado Welfare State⁶. Há uma necessidade de respostas com coerência material baseadas em fundamentos constitucionais de igualdade substancial, dignidade e fraternidade humanas.

Por essa comparação fica autorizado o raciocínio que o paradigma pós-positivista⁷ funda-

5 O tema é abordado na obra *Elogio da razão sensível* (MAFFESOLI, 1998).

6 O Estado de Bem-Estar não apenas tem sua razão de ser na garantia das trocas negociais, nas garantias sobre as regras do jogo, como no Estado liberal, mas na sua participação e interferência, de modo, muitas vezes, a proteção deliberada de uma das partes (o hipossuficiente), onde tem lugar a “[...] metáfora: um jogo de ‘cartas marcadas’”. (ROESLER, 2008, p. 104).

7 Segundo Ecio Oto Duarte (2006, p. 63-67), falando sobre neoconstitucionalismo as características elaboradas por Alfonso García Figueroa. Pragmatismo: a antiga unidade conceitual de direito, como para os jusnaturalistas ou para os positivistas, dá lugar a vários conceitos de direito. A ciência jurídica passa a ter um caráter prático, com a inclusão da dimensão política do direito. Ecletismo: “o paradigma neoconstitucionalista requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica fazendo depender a exegese e aplicação jusfundamental de um conjunto de metodologias que se interconectam.”

Princípioalismo: distinção conceitual entre princípios e regras e no ‘argumento dos princípios’. Os princípios fundamentais funcionam com pautas morais e estabelece a distinção entre o jusnaturalismo e o positivismo. Estatalismo garantista: “[...] consiste esta propriedade no fato de que é imperiosamente necessário para a consecução da segurança jurídica no meio social que os conflitos sejam solucionados por intermédio de instituições estatais. O Estado se configura como a instância comum à realização dos direitos humanos e como unidade institucional para a garantia da paz e justiça social. Esta propriedade é distinta em relação às concepções do jusnaturalismo e do positivismo jurídico justamente porque sua perspectiva está vinculada a uma pretensão garantista, é dizer: agora, o que cobra maior importância é a garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais.” Interessante que Écio acrescenta per si uma outra característica: judicialismo ético: “[...] o neoconstitucionalismo exige dos operadores jurídicos cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. Denunciando o equívoco da tese da discricionariedade judicial

menta, para o direito empresarial, a exigência de coerência valorativa do conjunto normativo com o direito privado, estruturado sobre princípios, como mandamentos de otimização e, especialmente, que não há a correlação entre o risco (na perspectiva de deveres assumidos) com um objetivo central lucrativo (na perspectiva de direito retributivo).

3 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O direito empresarial cuida do exercício da atividade econômica organizada para o fornecimento de bens ou serviços denominada empresa. Na definição de Fabio Ulhoa Coelho (2015, p. 24) é o “[...] o estudo dos meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados às empresas que exploram”. Assim, de forma objetiva, é preocupação do direito empresarial a atividade orientada para a exploração empresarial de bens e/ou serviços.

Quando o direito empresarial (comercial) seguia a chamada teoria dos atos de comércio havia sistemas próprios orientados por princípios específicos estruturando contratos especiais, obrigações próprias, regimes de direitos e regimes processuais diferenciados. Assim, sempre que alguém explorasse uma atividade econômica que o direito considerasse ato de comércio (mercancia), submetia-se ao código comercial e a um regime diferente do regime civilista ordinário. Pela teoria dos atos de comércio estavam fora várias atividades econômicas, tais como a prestação de serviços, a negociação de imóveis, os negócios agrícolas ou extrativismo [basicamente todas atividades econômicas ligadas a uma tradição antiga, com traços genéticos no sistema feudal].

Ficou nítida a insuficiência da distinção entre muitos atos de comércio com atos civis, provocando uma necessária ressignificação dada pela

própria do positivismo jurídico clássico (é dizer, no sentido forte), a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral. Neste caso, o desenvolvimento de critérios de controle de racionalidade substantiva ou material do elemento normativo poderia representar um momento de manifestação dessa propriedade.”

admissão da chamada teoria da empresa, que considera pertinente ao campo do direito empresarial a representação jurídica de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado. (COELHO, 2015).

O Código Civil brasileiro, de 2002, em seu artigo 966:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Tais contornos, obviamente, não podem estar em dissonância com a ideia de que o direito empresarial é um prolongamento especializado do direito privado, que necessariamente deve ter fundamentos constitucionais. Assim, tal representação jurídica de uma atividade econômica deve estar em harmonia com os ditames constitucionais, especialmente o cumprimento da função social da empresa e do desenvolvimento da atividade dentro da boa-fé objetiva.

Dessa forma, é possível analisar de forma crítica o conceito muitas vezes trabalhado pela doutrina às pessoas empresárias (empresário individual e sociedade empresária), como faz Almeida (2004, p. 4-5):

[...] A sociedade empresária (mercantil ou civil) caracteriza-se, sobretudo, pela finalidade lucrativa, inteiramente ausente na associação e na fundação. As associações têm fins ideais, como as associações científicas, literárias, artísticas, religiosas, beneficentes e recreativas. As fundações, da mesma forma, têm finalidades religiosas, morais, culturais ou de assistência. Distinguem-se das associações porque, ao contrário destas últimas, estão (as fundações) subordinadas aos fins preestabelecidos por seus instituidores ou fundadores.

Assim, a sociedade empresária seria centralmente voltada ao lucro. Não haveria espaço para a sociedade empresária atuar em outra direção. Então, a sociedade empresária que gere lucro estaria cumprindo com as suas funções?

Há elementos que podem ser chamados de formais para se compreender a essência da atividade empresarial (desenvolvida por sociedades empresárias ou empresários individuais). Eles poderiam ser enumerados da seguinte forma: atividade econômica, habitualidade, pessoalidade, monopólio informativo, organização.

A atividade econômica dá os parâmetros de definição da empresa, que não é um sujeito, mas a ação de um sujeito. A empresa, portanto é a atividade desenvolvida em um local, por sujeitos (naturais ou jurídicos) e envolve as relações desses com empregados, fornecedores, consumidores, fisco, entre outros para a produção ou circulação de bens ou serviços orientados para a satisfação de necessidades do homem contemporâneo. Essa atividade deve ser desenvolvida de forma habitual. Ou seja, a excepcionalidade da prática de uma atividade não constitui empresa, que requer a prática habitual. Essa atividade é capitaneada por sujeitos (empresários individuais ou sociedades empresárias), mesmo que esses, de alguma maneira deleguem um se façam representar por prepostos, até porque a esses sujeitos caberia (ao menos inicialmente) o monopólio de informações hábeis a estruturar a atividade (conhecimento sobre produtos, mercados, fórmulas, estratégias específicas, insumos, meios de produção, riscos, entre outros). Esse conjunto constitui o chamado profissionalismo inerente ao desempenho da atividade empresarial.

Há exceções de atividades que até poderiam apresentar os elementos essenciais, mas que estão excluídas do tratamento pelo direito empresarial. As chamadas cláusulas de exclusão são compatíveis com paradigmas do pós-positivismo, desde que haja uma justificativa substancial para tanto.

As chamadas atividades econômicas civis englobam: as atividades exploradas por quem não se enquadra no conceito legal de empresário. Se alguém presta serviços diretamente, mas não organiza um empresa, mesmo que o faça profissionalmente (com intuito de lucro e habitualidade) não será empresário e o regime será civil [não haverá recuperação judicial ou falência, por exemplo]. Nessas situações estão enquadradas as pessoas que trabalham sozinhas, em suas próprias residências, sem organizar empresa. (COELHO, 2015)

Na previsão do artigo 966, parágrafo único do Código Civil brasileiro estão as exclusões dos profissionais intelectuais, com natureza científica, literária ou artística, mesmo com contratação de

funcionários, ao menos até que a atividade intelectual seja, eventualmente, suplantada por uma organização de atividade empresarial. Empresários rurais que não façam registro de seus atos constitutivos na Junta Comercial e Cooperativas (Lei 5764/71, artigo 1093 a 1096 do Código Civil/02) também estão excluídos da condição empresária.

Há outros elementos que podem ser chamados de substanciais para a identificação e proteção da atividade empresarial. Aqui estão o cumprimento da função social demandada à atividade e seu desempenho dentro das exigências da boa-fé objetiva. Importante que esses elementos substanciais funcionam como parâmetros e diretrizes para os elementos formais da atividade, destacadamente a organização e o profissionalismo.

A atividade empresarial é orientada para um resultado econômico, e isso não pode se negar. Tal conclusão é resultado de um modo capitalista, no qual a atividade empresarial está inserida. O lucro pode ser tanto o resultado final como o meio instrumental em retribuição a atividade desenvolvida pelos seus sujeito.

Não há, no presente trabalho, nenhuma objeção ao lucro, como não haveria uma se estivesse o trabalho discutindo os frutos e rendimentos inerentes à propriedade privada. A questão é que o lucro deve existir, mas o foco principal do direito empresarial, inclusive para a concessão de prerrogativas, deve ser a atividade cumpridora de suas funções sociais. Assim, por exemplo, o local da atividade deve ser ambientalmente compatível; os sujeitos devem praticá-la com lealdade, utilizando o monopólio informativo que detém com responsabilidade social; o trato com os prepostos deve ter um histórico de respeito aos direitos (por exemplo, histórico do comportamento trabalhista); as estratégias de marketing devem respeitar os consumidores, destacadamente os grupos vulneráveis.

Dessa forma, o objetivo lucrativo e a obtenção desse objetivo têm um caráter periférico, tanto na caracterização da atividade empresarial quanto (e principalmente) na possibilidade de concessão de prerrogativas à atividade empresarial, tais como a concessão de recuperação judicial ou na própria falência (que não deixa de ter um caráter favorecedor ao devedor empresarial, se comparado ao devedor civil insolvente).

Assim, parece anacrônico o raciocínio de que como o risco do insucesso é inerente à atividade empresarial (atividade permanente de men-

surar e atenuar riscos), o lucro estaria no outro “prato da balança” de modo a equilibrar a relação. A empresa como atividade tem relacionamentos, por exemplo, como outros sujeitos de empresa, empregados, fornecedores, consumidores, físico, comunidade que juridicamente devem ser a centralidade de qualquer avaliação empresarial. Duas empresas (atividades) que possuam esses elementos substanciais diferentes não deveriam ser tratadas de mesma forma, com prerrogativas, por exemplo sustentadas pelo princípio da continuidade da empresa.

4 TRATAMENTO NA EMPRESA EM CRISE

Juridicamente, quando se fala em tratamento estatal para empresas em crise surge a possibilidade de dois institutos, a recuperação judicial e a falência.

Na falência⁸, ou melhor mais especificamente na auto-falência, o problema do presente trabalho fica mais evidente. Quando o pedido é feito pelo próprio empresário ou sociedade empresária o requisito é a comprovação da regularidade constitutiva apenas. Há, portanto, a identificação de uma insuficiência econômico-financeira (incapacidade de geração positiva de recursos ou adimplemento pontual das obrigações, frustrando ainda mais a capacidade de geração de lucros) e a demonstração simples de regularidade de constituição. Não há qualquer exigência com relação a elementos substanciais. Assim, desde que regularmente constituída, a atividade empresarial que nunca observou tais elementos terá (de partida) as mesmas prerrogativas que a que observou.

8 Duas diferenças apontam para o tratamento mais privilegiado do devedor empresário para o devedor comum. A falência, portanto, é um regime diferenciado de execução, confere um tratamento mais benéfico ao devedor exercente de atividade empresarial. Há primeiramente a possibilidade de recuperação judicial, faculdade proporcionada somente aos devedores empresários individuais ou sociedades empresárias, destinado a reorganizar a empresa, com certo sacrifício aos credores. Tem, por exemplo, a possibilidade de postergar vencimentos, reduzir obrigações ou seus valores. Em caso de execução concursal (falência), haverá a extinção das obrigações do falido, após a realização do ativo, com o rateio de mais de 50% das obrigações entre os credores quirografários. No direito civil só haverá extinção como o pagamento integral e, mesmo após, em reconstituição do patrimônio, ficará o devedor responsável pelo remanescente por 5 anos.

A recuperação judicial, no Brasil, não observa integralmente a aplicação do chamado *cram down*. A ideia do *cram down* seria permitir que o magistrado, na apreciação do pedido de recuperação judicial pudesse deferir-lá, observando a relevância social da atividade empresarial em crise, com dificuldades econômico-financeiras, em contrariedade a vontade dos credores manifestada na respectiva Assembleia.

No Brasil, por força do artigo 58, parágrafo primeiro, o que se entende por *cram down* seria a concessão da recuperação sem a integral aprovação das classes de credores, na forma do artigo 58, que exige cumulativamente a aprovação da maioria dos créditos, a aprovação na maioria das classes de credores uma aprovação mínima de 1/3 na classe que houver recusado o plano. A redação do artigo 58 é taxativa:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

Dessa forma, no Brasil, a possibilidade da concessão da recuperação judicial efetivamente considera se os elementos substanciais da atividade empresarial é mínima ou nula, posto que os critérios serão sempre baseados nas vontades creditícias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com o presente trabalho, sem intenção exaustiva, compreender alguns contornos de alterações paradigmáticas do direito privado. Essas alterações não se dão de um momento para o outro, de forma abrupta, portanto, é preciso buscar elementos que ainda não deixaram para trás o paradigma antigo e readequá-los ao novo modelo. O direito privado, no paradigma positivista, é orientado para a proteção e satisfação de interesses individuais e o principal deles é o acúmulo e proteção patrimonial. A centralidade do lucro para a atividade empresarial está situada dentro desse modelo. O paradigma pós-positivista sustenta para todo o direito privado o modelo que se orienta pela boa-fé e pelo respeito a função social da atividade empresarial.

A empresa é a atividade desenvolvida em um local, por pessoas naturais ou jurídicas e envolve uma série de importantes relações, com empregados, fornecedores, consumidores, fisco, outros empresários ou sociedades e se direcionam a satisfação de necessidades com a produção de bens ou serviços. Tais atividades, inegavelmente, ganharam complexidade na contemporaneidade e requerer uma visão mais sofisticada do direito empresarial.

Há elementos formais para identificação da atividade empresarial, tais como o exercício de atividade econômica, habitualidade, pessoalidade, monopólio informativo, organização. Contudo, na identificação de deveres e direitos devem ser analisados também elementos substanciais para a atividade empresarial.

Exemplos na dogmática não faltam sobre a ausência, nas preocupações centrais do direito empresarial, da verificação dos elementos substanciais da atividade empresarial. Como mencionado a falência e a recuperação judicial conferem prerrogativas ao devedor empresário independentemente da verificação dos elementos substanciais, nivelando atividades empresariais com distintos níveis de cumprimento desses elementos. O parâmetro econômico e, destacadamente, a busca pelo lucro é tanto o fator intrínseco da atividade quanto dos parâmetros regulativos disponibilizados pela dogmática. Isso mostra uma falta de sofisticação do direito empresarial e seu descompasso com um modelo contemporâneo de direito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de La argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã, 2. ed. brasileira. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2004
- AGUILO REGLA, Josep. Sobre Derecho y Argumentación. In: ATIENZA, Manuel. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma (Mallorca): LLeonard Muntaner, 2008, p. 11-28.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2015
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. Écio Oto Ramos Duarte, Sussana Pozzolo. São Paulo: Landy Editora. 2006.
- FIGUEROA, ALFONSO G. La Teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed., Madrid: Trotta. 2005.
- MAFFESOLI, Michel. *Elogio da razão sensível*. Tradução: Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis.. RJ: Vozes, 1998.
- PIETRO SANCHÍS, Luis P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed., Madrid: Trotta. 2005.
- ROESLER, Cláudia R.. Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria Constitucionalista do Direito. In: CRUZ, Paulo M.; ROESLER, Cláudia R. (Org.) *Direito e Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

The pos-positivism paradigm of civil law and the centrality of the lucrative purpose of business activity

ABSTRACT

This article aims to identify coincidences and contradictions between the contemporary guidance of the private rights, by displacement of the vector patrimonialist, and the centrality of the lucrative purpose of business activity. Seeking to structure a reasoning by the deductive method, it discusses the constitutional contours given to the to private rights, paradigms for civil law in the contemporary world, whose nature is infra-constitutional, for people who develop the entrepreneur activity and the centrality of the economic purpose for the definition of corporate rights and duties. This article aims, therefore, to demonstrate that the commercial activity, as well as other private activities, should be guided by the constitutional principles. Profit can not, however, be demonized, but it is not he who qualify the entrepreneur activity, but the fulfillment of its substantial elements. This article aims to check some situations where the legal doctrine does not behave that way and contradicts therefore the post positivists thesis.

Keywords: Commercial Law. Profit. Post-positivism. Social function.

Submetido: 22/01/2016.

Aceito: 08/05/2016.