



**DERECHO** | **DIREITO**  
**EMPRESARIAL EN** | **EMPRESARIAL NA**  
**LATINOAMERICA** | **AMÉRICA LATINA**

José Gabriel Assis de Almeida | Érica Guerra da Silva |  
João Manoel de Lima Junior (orgs.)

## O RISCO COMO FUNDAMENTO DE UMA NOVA TEORIA DO DIREITO DE EMPRESA<sup>1</sup>

*José Gabriel Assis de Almeida<sup>2</sup>*

### INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento na Idade Média, e durante muitos séculos, o direito comercial foi o direito dos comerciantes (seção I); com a Revolução Francesa, passou a ser o direito da atividade comercial (seção II). A Revolução Industrial misturou os conceitos, transformou o direito comercial em direito de empresa e levou a uma grande confusão (seção III). A solução para a crise conceitual do direito de empresa parece ser o conceito de risco (seção IV).

Com efeito, a atividade empresária é feita de momentos bons e momentos ruins, de conquistas e fracassos, de vitórias e de derrotas. Cabe ao direito da empresa dar estrutura jurídica a essa oscilação

1. As reflexões feitas no presente texto têm origem no II Congresso de Direito Comercial Latino Americano organizado por este autor e vários outros membros da Comissão de Direito Empresarial do IAB Instituto dos Advogados Brasileiros, em outubro de 2015, no Rio de Janeiro. O autor agradece a todos os participantes, brasileiros e estrangeiros, que participaram desse encontro.
2. Doutor em Direito pela Université Panthéon Assas — Paris II. Professor Adjunto da UNIRIO — Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

entre a maré baixa do erro e a maré alta do acerto. Dito de outra forma, a atividade empresária é o risco. O objetivo deste artigo é propor uma releitura do direito de empresa à luz do risco.

## 1. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DOS COMERCIANTES

O comércio é uma atividade ancestral, mas, por motivos históricos e sociológicos, o direito comercial apareceu apenas na Idade Média.<sup>3</sup>

Após a queda do Império Romano do Ocidente, as invasões dos bárbaros assolaram a Europa.<sup>4</sup> A resposta e a forma de resistir a esses ataques violentos<sup>5</sup> foi o feudalismo. Em troca de proteção do senhor feudal, as pessoas se submetiam a ele. O senhor feudal tinha a obrigação legal e moral de proteger os que a ele prestavam vassalagem. Em contrapartida, o vassalo obrigava-se a trabalhar em prol do senhor feudal.

A paz conquistada com o fim das invasões bárbaras trouxe prosperidade, com um aumento da produção dos bens. Nos feudos foram surgindo excedentes que precisavam ser escoados para outros feudos. Os comerciantes passaram, então, a promover a venda desses excedentes.<sup>6</sup>

3. Para uma ótima narrativa de como o comércio surgiu e se desenvolveu, ver BERNSTEIN, William J. *A Splendid Change. How Trade Shaped the World*. New York: Grove Press, 2008.

4. Ver WERNER, Karl Ferdinand. In FAVIER, Jean (dir.). *Histoire de France*, vol 1. Les origines. Paris: Fayard, Le Livre de Poche, 1984, cap. VIII.

5. Até hoje, mais de mil anos depois, e a mais de 10 mil km de onde estes fatos se passaram, usamos as palavras "bárbaro" e "vândalo" (esta tem origem no povo germânico, natural da Escandinávia e que invadiu Roma no século V; para uma versão mais divertida, ver GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. *Astérix e os normandos*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1985.

6. Para um bom resumo do surgimento e evolução do comércio e do comerciante na Idade Média, ver FAVIER, Jean. *De l'or et des épices. Naissance de l'homme d'affaires au Moyen Age*. Paris: Fayard, 1987, e HEERS, Jacques. *La naissance du capitalisme au Mo-*

Esse comércio apresentou dois problemas: o primeiro era a existência de diferentes normas em cada feudo, eis que cada senhor feudal tinha o poder de editar as normas a vigorar nos seus domínios. O segundo era a inadequação das normas às necessidades da atividade comercial. Com efeito, as regras feudais eram, fundamentalmente, destinadas a resolver problemas criminais ou de propriedade ou de família (apesar de estas serem tratadas no âmbito do direito canônico). Os problemas que os comerciantes precisavam resolver eram de ordem prática: a qualidade da mercadoria vendida, o prazo de entrega da mercadoria, o valor devido por um ao outro etc.<sup>7</sup>

Em face do vazio da ordem jurídica senhorial, os comerciantes adotaram determinadas práticas que se tornaram reiteradas e passaram a ser vistas por eles como obrigatórias.<sup>8</sup> Surgiu assim a norma comercial consuetudinária, a *lex mercatória*.<sup>9</sup> O caráter consuetudinário do direito comercial persiste até hoje e pode ser demonstrado por dois exemplos. O primeiro refere-se aos Incoterms, verdadeiras cláusulas contratuais dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, cujo conteúdo e alcance é definido pela Câmara de

yen Age. Paris: Perrin, 2012; para um panorama mais amplo, ver BRAUDEL, Fernand. *Civilisation matérielle, économie et capitalisme. XVe-XVIIIe siècle*. 3 volumes. Paris: Armand Colin, 1979.

7. Ainda que não especificamente sobre a matéria comercial, vale a pena ver, a propósito da evolução da cultura e do pensamento jurídico europeu, ARNAUD, André-Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris: PUF (Presses Universitaires de France), 1991; especificamente sobre o direito comercial, ver GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.
8. Ver SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa. Da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 124-125.
9. Esta expressão, posteriormente, veio a identificar as normas consuetudinárias aplicadas no comércio internacional, tendo sido cunhada pelo Prof. Berthold Goldman em um artigo de jornal publicado em 1956; ver GOLDMAN, Berthold. *La Compagnie de Suez, société internationale*. *Le Monde*, 04 de outubro de 1956, p. 3; uma cópia do artigo pode ser encontrada em [https://www.trans-lex.org/9/\\_/goldman-berthold-le-monde-p-3/](https://www.trans-lex.org/9/_/goldman-berthold-le-monde-p-3/). Acesso em: 26 abr. 2021.

Comércio Internacional (ICC), órgão associativo das entidades nacionais de empresários, e não por leis nacionais ou por tratados.<sup>10</sup> O segundo exemplo é o art. 8º, inciso VI, da Lei nº 8.934/1994, sobre o Registro Público de Empresas Mercantis, que atribuiu às Juntas Comerciais a incumbência do assentamento dos usos e das práticas mercantis. O art. 50, § 6º, da lei anterior (Lei nº 4.726/1965) reconhecia o caráter obrigatório destes costumes mercantis: “§ 6º. Somente 3 (três) meses após a publicação tornar-se-á obrigatório, quando for o caso, o uso ou prática mercantil.”

Pelo seu DNA, o direito comercial — antecessor do direito de empresa — era, portanto, um direito dos comerciantes e não um direito da atividade comercial. Um segundo fato contribuiu, de forma decisiva, para isso: com o passar do tempo, os comerciantes reuniram-se em guildas ou corporações, normalmente organizadas por tipo de mercadoria vendida. A qualidade de comerciante passou a ser definida pela participação em uma corporação. Considerava-se comerciante aquele que pertencesse a esta ou aquela corporação. Desse modo, pertencer a uma corporação significava obedecer às normas consuetudinárias daquele grupo.<sup>11</sup>

Assim, o direito comercial definia-se por um eixo vertical, a partir da figura do sujeito. O direito comercial era o direito do comerciante. O direito comercial aplicava-se ao comerciante e, por derivação, às suas atividades profissionais. E comerciante era aquele que estava matriculado em uma corporação. O campo subjetivo e objetivo do direito comercial era definido pela figura do comerciante. Fechava-se o círculo, sem maiores preocupações conceituais.

10. Ver ICC BRASIL. *Incoterms 2020 @ Regras da ICC para a utilização de termos de comércio nacional e internacional*. São Paulo: ICC Brasil, 2021.

11. Ver GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Trad. João Espírito Santos. Lisboa: Editores, s.d.

## 2. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Este sistema estruturado, equilibrado e sólido, vigorou por mais de dez séculos, até que foi brutalmente rompido pela Revolução Francesa de 1789. É conhecido o lema revolucionário: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A liberdade e a igualdade tiveram eco, também, na vida dos comerciantes e do direito comercial.<sup>12</sup>

No decorrer dos séculos, as corporações haviam se alterado de aguerridas associações para a promoção dos negócios dos comerciantes em organizações de manutenção de privilégios. Com o passar dos séculos, os comerciantes conseguiram impor a participação das corporações como obrigatória para o exercício de uma atividade comercial. Somente poderia ser mercador de determinada mercadoria aquele que estivesse matriculado na corporação correspondente (e subordinado às regras por ela adotadas). Em decorrência, o lugar (ou a cadeira) nas corporações de comerciantes era comprado e muitas vezes vendido por valor maior quanto fosse o benefício esperado obter com o comércio daquela mercadoria. A tal ponto que os lugares nas corporações passaram a ser alugados ou delegados.<sup>13</sup>

Este monopólio teve o resultado de todos os monopólios: a ineficiência e o encarecimento das mercadorias vendidas. Era preciso combater a situação, restaurando a liberdade e a igualdade. Isso foi feito por meio da chamada *loi d'Allarde* (do nome do seu relator na Assembleia Constituinte, Pierre Allarde), datada de 2 e 17 de março

12. Para uma visão abrangente das consequências da Revolução Francesa sobre o direito na Europa, ver HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire des droits em Europe. De 1750 à nos jours*. nova ed. atualizada. Paris: Flammarion — coll. Champs, 2006.

13. Para um razoável e fácil resumo da evolução das corporações, ver: [https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation\\_sous\\_le\\_royaume\\_de\\_France#R%C3%A9glementation\\_des\\_corps\\_de\\_marchands\\_au\\_XVIe\\_si%C3%A8cle](https://fr.wikipedia.org/wiki/Corporation_sous_le_royaume_de_France#R%C3%A9glementation_des_corps_de_marchands_au_XVIe_si%C3%A8cle). Acesso em: 3 maio 2021.

de 1791, que suprimiu as corporações e criou o princípio da liberdade de comércio e indústria, determinando “*Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon*”.<sup>14</sup> A *loi d’Allarde* foi completada pela *loi Le Chapelier* (decreto da Assembleia Constituinte relatado por Isaac Le Chapelier), datada de 17 de junho de 1791, que confirmou a extinção de todas as corporações no seu art. 1º: “*L’anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit*”.<sup>15</sup>

A consequência foi a necessidade de reinventar o fundamento do direito comercial. Não existindo mais corporações, tornou-se difícil identificar quem era comerciante e, com esse empecilho, tornou-se complicado definir o campo de aplicação subjetivo e objetivo do direito comercial. A que pessoas se aplicava o direito comercial? A que atividades se aplicava o direito comercial?

A solução, diga-se de passagem, brilhante, foi modificar o eixo do direito comercial. Passou-se de um direito vertical para um direito horizontal. O campo de aplicação do direito comercial deixou de ser definido pela figura de quem praticava a atividade, para ser definido pela natureza da atividade. Surgiu, assim, a teoria dos atos de comércio, consagrada no Código Comercial francês de 1807 e estabelecida após o Código Civil francês de 1804. Note-se o curto prazo de 16 anos<sup>16</sup> entre a *loi d’Allarde* e o Código Comercial.

14. Tradução livre pelo autor deste texto: “Qualquer pessoa será livre para fazer quaisquer negócios ou para exercer a profissão, arte ou comércio que achar bom.”

15. Tradução livre pelo autor deste texto: “Sendo a extinção de todo o tipo de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão uma das bases fundamentais da constituição francesa, é proibido restabelecê-las de fato, sob qualquer pretexto e sob qualquer forma.”

16. Dezesesseis anos pode não parecer um prazo tão curto; esse prazo é, na verdade, curtíssimo, se levado em consideração que, nesse período de tempo, a França passou por uma revolução que, literalmente, subverteu todas as instituições, inclusive o próprio calendário.

O art. 1º do Código Comercial francês definia o comerciante como aquele que exercia o ato de comércio (e não mais como aquele que estava matriculado em tal ou qual corporação). O art. 632 — aliás, na parte do código relativa à jurisdição comercial — definia o ato de comércio como toda a compra de mercadorias para revenda, seja *in natura*, seja após terem sido “trabalhadas”.<sup>17</sup>

Na mesma linha veio o Código Comercial brasileiro, de 1850, cujo art. 4º determinava:

Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual [...].

Praticar atos de mercancia<sup>18</sup> era o que definia o comerciante e, por tabela, o direito comercial.

A teoria foi sendo aperfeiçoada até que, no início do século XX, o ato de comércio era definido como o ato de intermediação, praticado com habitualidade e intuito de lucro. A esse ato de comércio por natureza somavam-se o ato de comércio por conexão (aquele que, apesar de não preencher as características do de natureza, era praticado pelo comerciante no âmbito e para os fins da sua atividade comercial por natureza) e o ato de comércio por definição legal (aquele que a lei determinava ser comercial).

17. A redação atual deste artigo, renumerado como artigo L110-1, é: “*La loi répute actes de commerce:*

1º *Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre*”.

18. O art. 19, § 1º, do Regulamento 737 de 1850 assim definia a mercancia: “Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.”



Essa teoria é de extraordinária beleza jurídica, pois é simplicíssima, curta, de fácil compreensão e muito eficaz para o fim a que se destina: definir o elemento distintivo do direito comercial com relação aos demais direitos e delimitar o campo de aplicação das leis comerciais.

### 3. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DA EMPRESA

Se uma revolução fez surgir a teoria do ato de comércio, uma outra revolução a fez perecer, ainda que lentamente. Com efeito, a Revolução Industrial levou à morte a teoria dos atos de comércio. É curioso constatar que a Revolução Francesa e a Revolução Industrial são praticamente contemporâneas, uma na França e outra no Reino Unido. No entanto, os efeitos da Revolução Industrial somente se fizeram sentir, no direito comercial, no início do século XX, pois a transição de uma produção manufaturada para uma produção industrializada só se acentuou do meio para o fim do século XIX.<sup>19</sup>

A progressiva industrialização da economia trouxe um novo problema para o direito comercial. Até então, havia uma clara simetria entre as atividades econômicas e as normas de regência. A atividade fundiária era regida pelo direito civil; a atividade comercial, pelo direito comercial.

Aliás, é de notar que, como o direito reflete a sociedade, esta divisão correspondia também a uma divisão social: a nobreza, cuja riqueza assentava no campo, usava o direito civil para os seus negó-

<sup>19</sup> A produção mundial levou 120 anos, de 1700 a 1820, para dobrar de tamanho; e demorou apenas 50 anos, entre 1820 e 1870, para dobrar de novo de tamanho e unicamente 40 anos, entre 1870 e 1910, para dobrar de tamanho pela terceira vez. Disponível em: [https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution\\_industrielle#Puissance\\_agricole\\_et\\_industrielle](https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9volution_industrielle#Puissance_agricole_et_industrielle). Acesso em: 20 abr. 2021; para uma visão histórica, ver BEAUD, Michel. *Histoire du capitalisme. 1500-2010*. 6<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions du Seuil — collection Points, 2010, em especial capítulos 3 e 4.

cios; e a burguesia, cuja fortuna vinha do comércio, usava o direito comercial. Nem mesmo no direito as classes sociais se misturavam.

Esta distinção entre as atividades econômicas, cada uma com o seu direito de regência, viu-se confrontada pela atividade industrial. Como classificar essa nova atividade? A rigor, não no campo do direito comercial, pois a atividade industrial não é uma mera intermediação, eis que implica a transformação da matéria-prima. Porém, o direito civil, que regia a atividade fundiária, transformadora na sua essência (o proprietário rural vende algo diferente do que planta, pois não vende as sementes, mas o produto agrícola), era totalmente inadequado à atividade industrial, que queria gozar dos privilégios do direito comercial, como, por exemplo, o de falir.<sup>20</sup>

Em paralelo, novas preocupações jurídicas apareceram para tratar de questões específicas, como o livre mercado (o direito da concorrência) e o consumo não profissional (o direito do consumidor). Esses novos ramos do direito acentuaram a evidência: era totalmente irrelevante saber se a atividade em causa era agrícola, comercial, industrial ou de serviços. O importante é que se tratasse de uma atividade com conteúdo econômico e que pudesse afetar o mercado ou o consumidor. A fronteira entre a atividade comercial e as demais atividades econômicas tornou-se, a cada dia, mais artificial. Era preciso reinventar o fundamento teórico do direito comercial!

Essa reinvenção foi mais profunda do que inicialmente poderia se cogitar. Não apenas se reinventou o fundamento, mas se refundou o direito comercial. O fundamento desse ramo do direito deixou de ser o comércio e passou a ser a empresa. O próprio direito foi renomeado, de direito comercial passou a ser direito de empresa ou direito empresarial.

20. Havia inúmeras diferenças entre as obrigações e os contratos do direito civil e o direito comercial; para um bom resumo, ver MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial. Contratos e Obrigações Comerciais*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A teoria do ato de comércio foi substituída pela teoria da empresa. A grande mola propulsora da nova teoria foi o Código Civil italiano de 1942, com a redação do art. 2.082: “É empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou troca de bens ou de serviços.”

Aqui no Brasil ficou famosa a teoria dos perfis da empresa, lançada por Alberto Asquini, na Itália, em 1942.<sup>21</sup> Essa hipótese assentava o direito comercial em quatro perfis que permitiram ao ramo do direito apreender o fenômeno econômico e social que pretendia regulamentar: o perfil subjetivo (a empresa como o empresário), o perfil funcional (a empresa como atividade empresária), o perfil patrimonial e objetivo (a empresa como patrimônio e como estabelecimento) e o perfil corporativo (a empresa como instituição).

O art. 966 do Código Civil brasileiro de 2002 — que, apesar de ter sido promulgado no início do século XXI, tem raiz teórica e ideológica nas discussões jurídicas do direito comercial dos anos 1950 e 1960 (eis que a parte do projeto do código relativa ao direito de empresa é do início dos anos 1970) — adotou esta teoria,<sup>22</sup> reproduzindo-a com cega fidelidade canina: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”<sup>23</sup>

21. Ver COMPARATO, Fabio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista Commerciale*, 1943, v. 41, L) dei Diritto. In *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXV (nova série), vol. 104, outubro-dezembro/1996, p. 109-126.
22. Na verdade, o Direito do Trabalho já a usava, como se vê no art. 2º da CLT: “Art. 2º — Considera-se empregador da empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Ver ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A noção jurídica de empresa. In *Revista de Informação Legislativa* *Revista de informação legislativa*, v. 36, nº 143, p. 211-229, jul./set., 1999.
23. O parágrafo único fez a seguinte ressalva: “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.”

Em que pese toda a genialidade de Asquini<sup>24</sup> e de muitos outros autores que procuraram dar-lhe um formato, a teoria da empresa enquanto fundamento do direito de empresa estava fadada ao insucesso. Não apenas porque “empresa” é um conceito totalmente incerto<sup>25</sup> e não unívoco<sup>26</sup> (o que é mortal para qualquer conceito que se pretende científico), mas, sobretudo, porque é um conceito insuficiente para explicar o que é a atividade empresária, o empresário e o direito de empresa.

Um exemplo simples basta para demonstrar o defeito conceitual da teoria da empresa: de acordo com o conceito de empresa, usado no art. 2.082 do Código Civil italiano e no art. 966 do Código Civil brasileiro, o empregado de uma loja de roupas é um empresário. Com efeito, esse empregado exerce profissionalmente (a sua profissão é vender roupas) uma atividade econômica organizada para a circulação de bens (a venda de roupas a clientes da loja).

O senso comum reconhece que tal empregado não é um empresário. É claro, portanto, que falta um elemento essencial, o elemento verdadeiramente diferenciador da atividade empresária e do empresário com relação aos outros.

24. E, na verdade, a teoria proposta por Asquini apenas limitou-se a dar uma nova roupagem a conceitos clássicos do direito comercial tradicional, como os de comerciante (transformado em perfil subjetivo da empresa), de ato de comércio (transformado em perfil funcional da empresa), de estabelecimento (transformado em perfil patrimonial ou objetivo). o único verdadeiramente diferente era o perfil institucional que, mesmo assim, não era inovador. Eis que Maurice Hauriou já havia escrito sobre a teoria da instituição, sob a perspectiva do direito público. Ver HAURIOU Maurice. *L'institution et le droit statutaire*. In *Récueil de Législation de Toulouse*, 2<sup>a</sup> ed série, T. 11, 1906, p. 134-182, e ainda HAURIOU, Maurice. *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*. In *Cahiers de la nouvelle journée*, n<sup>o</sup> 4, 1925, p. 2-45.

25. Alguns preferiram chamá-lo de conceito poliédrico.

26. Para além de conteúdo substancialmente incerto, é um conceito de limites variáveis; por exemplo, se uma pessoa começa a exercer a atividade econômica de forma não profissional e depois, aos poucos, começa a exercê-la de forma profissional, é difícil estabelecer, na prática, a data na qual a atividade passou a ser empresária.

#### 4. O DIREITO DE EMPRESA COMO O DIREITO DO RISCO

O elemento essencial, ausente nas teorias anteriores, é o risco. Nem o conceito de comerciante, de atividade comercial ou de empresa explicitaram o risco como elemento fundamental. Ora, o que caracteriza atividade empresária e o empresário é o risco. A atividade empresária é o risco incorrido no exercício da atividade econômica. O empresário é aquele que corre o risco do exercício da atividade econômica.<sup>27</sup>

Colocado o risco como elemento essencial da teoria, o exemplo dado na seção anterior passa a fazer todo o sentido. O que diferencia o empregado da loja de roupas do empresário é que o primeiro não corre o risco da atividade que exerce, já o segundo assume o risco decorrente da venda das roupas. O empregado receberá um determinado seu salário ao fim do mês; o empresário não sabe quanto receberá ao fim do mesmo período, pois pode ter lucro ou prejuízo.

O direito de empresa deixa de ser o direito do comerciante, o direito da atividade comercial ou o direito da empresa, para ser o direito do risco. Não faz mais sentido distinguir entre as atividades fundiária, comercial, industrial ou de serviços, pois quando houver risco em todas elas, haverá atividade sujeita ao direito de empresa.

É extraordinário verificar que o risco como elemento essencial da atividade empresária sempre esteve presente na história do direito comercial, apesar de a ele ter-se dado pouca atenção.

Por exemplo, a falência só existe em razão do risco ao qual estavam expostos os comerciantes. Cabe lembrar que até pouco tempo — se considerada a história da civilização — a responsabilidade

27. Para um notável estudo do risco e do seu papel na história, ver BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Nova York: John Wiley & Sons, Inc, 1996. E-book Kindle.

era pessoal.<sup>28</sup> Aquele que não pagasse uma dívida respondia pelo débito com o seu próprio corpo.<sup>29</sup> Acresce que a responsabilidade se estendia à família do devedor. Por causa do risco, essa situação representava um forte desincentivo para alguém que resolvesse ser comerciante. A falência foi evoluindo para se tornar uma forma de promover o correto incentivo ao comerciante: em caso de incapacidade de pagamento das suas dívidas, o negociante exonerava-se de qualquer responsabilidade mediante a entrega aos credores de todos os seus bens. O risco ficava limitado.

Outro exemplo é a evolução do direito societário.<sup>30</sup> Os diferentes tipos societários são normalmente analisados sob a perspectiva da reunião de capitais para a realização de um empreendimento. Contudo, a história do direito societário é, na verdade, a história do desejo e da necessidade de limitar o risco.<sup>31</sup> O surgimento de novos tipos societários deveu-se, basicamente, à vontade de o empreendedor pessoa natural limitar a sua responsabilidade pessoal, leia-se, reduzir o seu risco. Inicialmente, nos primórdios da Idade Média, a atividade comercial era exercida pelo comerciante em nome individual. Essa

28. V. TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar. Da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 45 e 95.

29. Infelizmente, a interpretação que os tribunais brasileiros têm dado ao art. 139, IV, do Código de Processo Civil, adotando medidas de cunho pessoal (suspensão da CNH, do passaporte etc.) na execução das dívidas não pagas, representa um retrocesso civilizatório, pois a responsabilidade deixa de ser patrimonial, para voltar a ser pessoal.

30. Para uma história não jurídica das sociedades, ver MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIGE, Adrian. *A companhia. Breve história de uma ideia revolucionária*. São Paulo: Objetiva, 2003; para uma divertida paródia, ver GOSCINNY, René; UDERZO, Albert. *Obélix e companhia*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1984; para uma boa visão do direito societário e das suas origens, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário. Eficácia e sustentabilidade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

31. De louvar o art. 981 do Código Civil brasileiro que foi além da reunião de capitais e referiu a partilha do risco como elemento do conceito jurídico de sociedade: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”

situação implicava que o comerciante assumisse, sozinho, a totalidade do risco da atividade.

Rapidamente surgiu a sociedade em nome coletivo, na qual todos os sócios tinham — como têm até hoje — responsabilidade ilimitada e solidária pelas dívidas da sociedade.<sup>32</sup> Ainda que, na atualidade, esse tipo de parceria nos pareça insensata, naquela época era um extraordinário avanço, pois representava a mutualização do risco. O comerciante exercia a atividade em comum com os seus sócios e o risco era repartido entre todos, o grupo era solidariamente responsável pelas obrigações sociais.

À sociedade em nome coletivo seguiu-se a sociedade em comandita<sup>33</sup> e a em conta de participação, nas quais uma categoria de sócio não tinha — como não tem até hoje — qualquer outra responsabilidade além daquilo que contribuiu para a sociedade.<sup>34</sup> Dito de outra forma, a sociedade em comandita e a sociedade em conta de participação foram os primeiros modelos de exercício de atividade empresária nos quais era possível limitar o risco para certos sócios.

Logo a seguir, por volta do século XVI, surgiu a sociedade anônima, para responder às necessidades de financiar e organizar o comércio com os países distantes, aberto com a viagem inaugural de Vasco da Gama até Calicute, na Índia, onde chegou em 1498, pouco mais de dez meses depois de sair de Portugal. Este comércio apresentava duas grandes dificuldades: era intensivo em capital e tinha alto risco, em razão dos naufrágios,<sup>35</sup> o que gerava a perda das mercadorias e

32. V. art. 1.039 do Código Civil

33. Para um belo romance que tem como pano de fundo a sociedade em comandita no século XIX, ver MANN, Thomas. *Os Buddenbrook. Decadência de uma família*. São Paulo: Companhia das Letras, E-book Kindle.

34. V. parágrafo único do art. 991 e o art. 1.045, ambos do Código Civil.

35. Para uma história dos naufrágios, ver PEREIRA, José António Rodrigues. *Grandes naufrágios portugueses 1194-1991, Acidentes marítimos que marcaram a história de Portugal*. Lisboa: A Esfera dos Livros, 2012.

dos investimentos realizados. A solução foi permitir aos interessados — e na primeira linha destes, aos comerciantes — que constituíssem uma sociedade de um novo tipo, no qual todos, absolutamente todos, os sócios tinham a sua responsabilidade limitada ao montante da sua contribuição. Mediante a limitação do risco, criava-se, assim, o incentivo correto para o exercício da atividade empresarial.<sup>36</sup>

Vários séculos se passaram, sobreveio a Revolução Industrial e a necessidade de incentivar os empreendedores, nomeadamente os pequenos e médios, dando-lhes a possibilidade de exercer, em reunião, uma atividade econômica sem correr o risco de perder todo o seu patrimônio em caso de insucesso. Esse modelo societário devia possibilitar aos empreendedores conjugar dois elementos importantes: limitar o seu risco pessoal e cada um exercer pessoalmente a administração do negócio. Nenhum outro tipo societário à disposição do pequeno e médio empreendedor reunia os dois requisitos.<sup>37</sup> Por conseguinte, a sociedade limitada não surgiu por casualidade; ela nasceu de uma necessidade do mercado. Também, não por acaso, a semente desse tipo societário foi lançada, primeiro, no Reino

36. Para um relato do sucesso e dificuldades deste tipo de sociedades, ver ROBINS, Nick. *The Corporation That Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*. 2. ed. E-book Kindle; e BROWN, Stephan R. *Merchant Kings: When Companies Ruled the World, 1600-1900*. 2. ed. E-book Kindle, 2010n.

37. Nas sociedades em comandita e nas sociedades em conta de participação, o sócio com responsabilidade limitada era, obrigatoriamente, excluído da administração da sociedade; a justificativa para isso era, novamente, evitar o incentivo errado: se as consequências dos atos do sócio administrador (beneficiário da responsabilidade limitada) recaíssem sobre os outros sócios (de responsabilidade ilimitada), o sócio administrador seria estimulado a ser menos cuidadoso no trato dos negócios sociais. Por outro lado, as sociedades anônimas, em que todos os sócios gozavam de responsabilidade limitada, eram restritas aos grandes negócios, com requisitos mínimos de capital e número de sócios, e somente podiam se constituir por autorização do soberano, o que tornava o processo muito mais complicado e burocrático, deixando este tipo societário fora do alcance do pequeno e médio empreendedor.



Unido, por este ser o berço da Revolução Industrial<sup>38</sup>. Na verdade, o caminho trilhado pelo Reino Unido foi um pouco diferente do da Europa continental: a nação optou, primeiro, por uma versão simplificada da sociedade anônima, com a facilitação das formalidades de constituição, por meio do *Joint Stock Companies Act*, de 1844, seguido da limitação da responsabilidade dos sócios ao montante da sua contribuição para o capital social, previsto no *Limited Liability Act*, de 1855. As *partnerships* (que têm sido consideradas equivalentes às sociedades limitadas) apareceram só no *Partnership Act*, de 1890.<sup>39</sup> Já na Europa continental, a sociedade anônima continuou reservada aos grandes empreendimentos e criou-se um tipo novo: a sociedade através da qual todos os sócios limitavam o seu risco, ao mesmo tempo em que podiam administrar o negócio. Esse tipo societário, igualmente não por fruto da sorte, surgiu primeiro na Alemanha — precisamente um dos países mais industrializados da Europa e economicamente mais desenvolvidos<sup>40</sup> —, em 1892.

O direito societário é tão interessante que o risco é, também, o elemento caracterizador da sociedade. Só existe sociedade se todos os sócios correm, em conjunto, o risco do empreendimento. Tanto assim que o art. 1.008 do Código Civil brasileiro decretou: “É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.” O art. 288 do Código Comercial de 1850 era mais rigoroso, pois fulminava de nulidade toda a sociedade e não apenas a estipulação contratual:

38. John Stuart Mill foi um dos defensores da limitação do risco nas *partnerships*. Ver MILL, John Stuart. *Political Economy*, 7ª ed. Londres: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1871, reimpressão, em especial vol. 2, Livro V, Capítulo IX, §§ 5, 6 e 7.

39. Ver BURDICK, Francis M. *Limited Partnership in America and England*. In *Michigan Law Review*. May, 1908, Vol. 6, nº 7 (May, 1908), p. 525-532. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1274206?seq=3#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 18 abr. 2021.

40. Ver <https://www.britannica.com/place/Germany/The-economy-1870-90>. Acesso em: 5 maio 2021.

É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.<sup>41</sup>

O Brasil vive, na atualidade, um momento muito interessante, no qual a atividade econômica está, nitidamente, à procura de um novo fundamento para o direito de empresa. É sinal desse esgarçamento do conceito de empresa a progressiva extensão de institutos de direito de empresa a situações que, a rigor, não cabem no conceito tradicional de empresa.

Um primeiro exemplo é a extensão da possibilidade de associações e sociedades não empresárias pedirem recuperação judicial. A recuperação judicial é um sistema de reorganização da atividade do devedor reservado às empresas. A redação do art. 1º da Lei nº 11.101/2005 é de cristalina clareza e não admite interpretações: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Porém, nos últimos anos,

41. Por isso, a fábula de La Fontaine *A novilha, a cabra, a ovelha em sociedade com o leão* não traduz uma verdadeira sociedade, por falta de partilha do lucro, ou seja, pelo fato de o risco não ter sido distribuído entre todos os sócios; tradução livre feita pelo autor a partir do site La Fontaine <https://www.lafontaine.net/lesFables/afficheFable.php?id=6>. Acesso em: 6 maio 2021: “A novilha, a cabra e sua irmã, a ovelha/ Com um leão orgulhoso, senhor da vizinhança/ Fizeram uma sociedade, dizem, que antigamente/ E colocaram em comum o ganho e a perda/ Na armadilha da cabra, foi apanhado um veado/ Aos seus associados, ela imediatamente avisa/ Logo que chegaram, o leão pelas garras contou/ E disse: ‘Somos quatro para partilhar a presa’/ Então, em tantas partes, o veado esquartejou/ Tomou para si a primeira parte, na qualidade de Senhor/ ‘Esta deve ser minha’, disse ele, ‘e a razão é que eu me chamo leão’/ A esse propósito, nada há a dizer/ A segunda parte, por direito, ainda me é devida/ Este direito, vocês sabem, é o direito do mais forte/ Como o mais valente, reivindico a terceira./ Se algum de vocês tocar na quarta, eu o estrangularei primeiro.”

o Poder Judiciário brasileiro — diga-se de passagem, sem grande preocupação com os fundamentos teóricos — aceitou estender a recuperação judicial a hospital,<sup>42</sup> universidade<sup>43</sup> e clube de futebol,<sup>44</sup> todos constituídos sob a forma de associações sem fins lucrativos. Até sociedades cooperativas, cuja lei expressamente determina não serem empresárias,<sup>45</sup> tentaram e obtiveram decisões, ainda que transitórias, admitindo-as na recuperação judicial.<sup>46</sup> Essa situação significa reconhecer, *ipso facto*, que estas entidades, afinal, são também empresárias e exercem uma atividade empresária.

Do mesmo modo, já se discutiu no Poder Judiciário brasileiro se uma sociedade de advogados não teria as características de sociedade empresária, para fins de apuração de haveres dos seus ex-sócios.<sup>47</sup> Ora, o Estatuto da Advocacia expressamente determina serem tais sociedades não empresárias.<sup>48</sup>

42. BRASIL. 4ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 0060517-56.2006.8.19.0001. Casa de Portugal (em tramitação).

43. BRASIL. 5ª Vara Empresarial da comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Processo nº 00093754-90.2020.8.19.0001, Associação Sociedade Brasileira de Instrução (— ASBI) — e Instituto Cândido Mendes (ICAM) (em tramitação).

44. BRASIL. Vara Regional de Recuperações Judiciais, Falências e Concordatas da Comarca de Florianópolis — SC. Processo nº 5024222-97.2021.8.24.0023. Figueirense Futebol Clube Ltda. e Figueirense Futebol Clube (em tramitação).

45. Ver Lei nº 5.764/1971, nomeadamente art. 3º: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”; e art. 4º: “As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:”.

46. BRASIL. 4ª Vara Cível da comarca de Petrópolis — RJ, Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042, Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico.

47. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível nº 1050857-97.2018.8.26.0100, Luis Antonio Semeghini de Souza x Cescon, Barriou, Flesch e Barreto Sociedade de Advogados e outros. Relator Des. Fortes Barbosa, julg. 24 de fevereiro de 2021.

48. Ver art. 16 da Lei nº 8.906/1994: “Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária [...]”.

Na mesma linha, já se aceitou a transformação de associações sem fins lucrativos em sociedades empresárias<sup>49</sup> sem haver alteração substancial da sua atividade, o que significa reconhecer que a atividade exercida pela associação era, de fato, uma atividade empresária.

Qual a forma de resolver esta cacofonia conceitual? A solução está em reconhecer que o elemento em comum a todas estas atividades e às pessoas naturais e jurídicas que as exercem é o risco e passar a adotar o risco como o elemento central da teoria do direito de empresa.

Assim, a atividade empresária pode ser conceituada como a atividade econômica exercida sob o risco do sucesso ou insucesso e o empresário (seja ele individual ou coletivo; isto é, a sociedade, a associação ou outra forma jurídica) é aquele que corre o risco do exercício da atividade econômica. Basta que haja uma atividade econômica e que essa atividade seja exercida mediante a assunção de um risco de sucesso ou insucesso.

Deixam de ser relevantes tanto a natureza dessa atividade (se fundiária, comercial, industrial, de serviços, tecnológica, representativa de profissional liberal, intelectual ou cultural, ou qualquer outra), como a forma sob a qual essa atividade é exercida (diretamente pela pessoa natural ou por meio de empresa individual de responsabilidade limitada, de sociedade — empresária, simples, cooperativa — de associação ou mesmo de empresa pública).

A característica comum à grande multinacional, à pequena padaria, ao gigante plantador de soja, ao autônomo que vende amendoim

49. Foi o caso da chamada desmutualização da Bovespa (hoje B3), em 2007, consubstanciada mediante a cisão parcial da Bovespa, uma associação civil sem fins lucrativos, com a versão das parcelas de seu patrimônio em duas sociedades, a Bovespa Holding S.A. e a Bovespa Serviços S.A., seguida da incorporação das ações da segunda ao capital da primeira; para uma descrição da operação, que gerou vários conflitos tributários, ver, por exemplo, BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Agravo 5040141-94.2018.4.04.0000, relator Des. Roger Raupp Rios, Kirton Bank S.A. — Banco Múltiplo x União Federal, julg. 12 jun 2019.

no sinal de trânsito, e à Petrobras é o risco do exercício da atividade econômica. Afinal, a vida empresarial é o risco, o sucesso e o insucesso, a vitória e a derrota.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas acima procuraram demonstrar que o risco é elemento essencial para uma nova teoria do direito de empresa. Não obstante, o risco não é elemento suficiente.

Com efeito, o risco, por si só, não pode fundamentar a teoria do direito de empresa, pois há diversas outras situações jurídicas no qual ele está presente. Por exemplo, o risco é um elemento essencial no contrato de seguro,<sup>50</sup> assim como nos contratos aleatórios.<sup>51</sup>

A nova teoria do direito de empresa funda-se sob um segundo elemento, o mercado. O estudo do segundo elemento deverá ser objeto de um outro estudo.

50. V. art 757 do Código Civil "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, contra *riscos* predeterminados." (grifo acrescido)

51. V. art. 458 do Código Civil "Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo *risco* de não virem a existir um dos contratantes assumo, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir." (grifo acrescido)

**DERECHO  
EMPRESARIAL EN  
LATINOAMÉRICA**

# **DERECHO EMPRESARIAL EN LATINOAMÉRICA**

**José Gabriel Assis de Almeida**

**Érica Guerra da Silva**

**João Manoel de Lima Junior**

**(Organizadores)**

## RESUMEN

<b>Prefacio</b> .....	421
<b>Presentación</b> .....	423
<b>Inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito del derecho del trabajo a partir de las innovaciones legales</b> .....	427
<i>Veronica Lagassi e Valdilea Goes</i>	
Introducción .....	427
1. Inoponibilidad de la personalidad jurídica: subespecies de teorías, modalidades y la Ley nº 13.105/2015 .....	429
2. Aplicación actual de los presupuestos de inoponibilidad de la personalidad jurídica en el proceso laboral .....	436
3. De la innovación del CPC/15: del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica .....	444
4. Aplicabilidad del incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica del CPC/2015 en el proceso de trabajo .....	448
Consideraciones finales .....	454
Referencias bibliográficas .....	456
<b>La exigencia de certificados negativos de débitos tributários para la efectividad del proceso de recuperación judicial</b> .....	459
<i>Érica Guerra da Silva e Fábio da Silva Veiga</i>	
Introducción .....	459
1. Las obligaciones tributarias de las actividades empresariales .....	460
2. El histórico legislativo de la Ley nº 11.101/2005 bajo el enfoque de los certificados negativos de débitos tributarios para concesión de la recuperación judicial ...	465
3. Reflejos de la exigencia de certificados negativos de débitos tributarios sobre la efectividad del proceso de recuperación judicial .....	469
Consideraciones finales .....	479
Referencias bibliográficas .....	481
<b>La responsabilidad civil ambiental de las empresas petroleras</b> .....	483
<i>Laura Santos Aguiar</i>	
Introducción .....	483



1. El alto riesgo relacionado con la actividad empresarial de producción y explotación de petróleo y gas .....	485
2. La creciente preocupación con la protección ambiental en los ámbitos nacional e internacional .....	487
3. Algunos aspectos y conceptos del derecho medioambiental y el instituto jurídico de la responsabilidad civil medioambiental .....	490
4. La responsabilidad civil ambiental y las teorías del riesgo creado, del riesgo provecho y del riesgo integral .....	499
5. El entendimiento del Superior Tribunal de Justiça sobre la aplicabilidad de la teoría del riesgo integral en la responsabilidad civil .....	504
Consideraciones finales .....	508
Referencias bibliográficas .....	509
<b>Legislación sobre la defensa de la competencia en Brasil: de la evolución histórica a los principales aspectos de la actual Ley nº 12.529/2011 .....</b>	<b>513</b>
<i>Fernando José de Oliveira Baptista, Jeanne Machado e Marcos Juruena Vilella Souto</i>	
Introducción .....	513
1. Análisis introductorio .....	516
2. El derecho regulatorio en Brasil: características y principales conceptos jurídicos utilizados .....	518
3. Evolución histórica de la Legislación de Defensa de la Competencia .....	530
4. Principales innovaciones introducidas por la Ley de Competencia nº 12.529/2011 .....	539
Consideraciones finales .....	554
Referencias bibliográficas .....	557
<b>Competencia y competencia desleal en Ecuador .....</b>	<b>559</b>
<i>Patricia Alvear Peña</i>	
Introducción .....	559
1. Diferentes categorías conceptuales .....	562
2. Derecho de corrección económica y abuso del derecho .....	567
Conclusion .....	601
Bibliografía .....	602
<b>El nuevo código argentino, el derecho comercial y la empresa .....</b>	<b>605</b>
<i>Raúl Anibal Etcheverry</i>	
Introducción .....	605
1. El comerciante .....	609
2. Un principio clave del derecho: la buena fe .....	610

3. El orden legal, las personas y el lenguaje jurídico .....	612
4. La empresa .....	613
5. La empresa como organización .....	617
6. ¿Cómo es el Derecho Comercial hoy, en la Argentina? .....	624
Bibliografía .....	628
<b>Visión de la empresa familiar en el nuevo código civil y comercial de la Argentina ...</b>	<b>631</b>
<i>Gabriela Pamela Butti</i>	
1. La empresa familiar frente al código civil y comercial de la República Argentina .....	631
2. Conceptos relativos a la empresa familiar, derecho de familia y societario. Contenido vinculado al código civil y comercial de la nación unificado argentino .....	635
3. Los conflictos y su prevención a la luz del código civil y comercial de la nación ...	641
4. Modificaciones en el aspecto societario .....	647
5. Sucesiones y empresa familiar en el nuevo código civil y comercial unificado argentino .....	653
Conclusion .....	662
<b>El consumidor y la empresa en el código civil y comercial de la nación argentina .....</b>	<b>665</b>
<i>Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández</i>	
Introducción .....	665
1. El Código Civil y Comercial de la Nación y los contratos de consumo .....	670
Colofón .....	689
<b>La convención de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y su impacto en la lucha contra la corrupción en Brasil y Latinoamérica .....</b>	<b>691</b>
<i>Caroline da Rosa Pinheiro e Gustavo Flausino Coelho</i>	
Introducción .....	691
1. Puntos centrales de la convención sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales .....	694
2. Reflejos de la convención en Argentina y Chile .....	698
3. Reflejos de convención en Brasil .....	706
Consideraciones finales .....	713
Referencias bibliográficas .....	714
<b>El sistema de solución de controversias de la OMC: lecciones del contencioso del algodón (Brasil — EE.UU.) .....</b>	<b>719</b>
<i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i>	
Introducción .....	719

1. Antecedentes históricos .....	720
2. El acuerdo de OMC y la función juzgadora de la organización .....	724
3. El OSC, las medidas compensatorias y las medidas de represalia .....	727
4. Actuación de los agentes económicos privados .....	731
5. Lecciones del contencioso Brasil x Estados Unidos sobre el algodón .....	735
Conclusión .....	748
<b>Análisis del Resp. Nº 975.834/RS: el STJ en la encrucijada entre los derechos del consumidor, societario y de las políticas públicas .....</b>	<b>751</b>
<i>João Manoel de Lima Junior e Thaise Zacchi Pimentel</i>	
Introducción .....	751
1. Breve historia de las sociedades de telecomunicaciones en Brasil .....	757
2. Resumen del procedimiento judicial .....	760
3. Análisis de la decisión .....	766
Consideraciones finales .....	788
Referencias bibliográficas .....	792
<b>La legitimidad para solicitar la recuperación judicial de las cooperativas médicas que operan planes de salud: un análisis sobre la recuperación judicial de Unimed Petrópolis .....</b>	<b>795</b>
<i>Érica Guerra da Silva, Christiana Grangê Neves, Devison da Silva Avelino, Heloisa Fonseca de Sá Pinheiro, Rafael Rodrigues Andrade e Raquel Severino Viana</i>	
Introducción .....	795
1. Análisis de la solicitud de recuperación judicial de la Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico .....	797
2. Análisis de la decisión de tramitar la recuperación judicial de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico .....	800
3. Modificación introducida por la Ley nº 14.112/2020 .....	804
Consideraciones finales .....	806
Referencias bibliográficas .....	809
<b>El riesgo como fundamento de una nueva teoría del Derecho de Empresa .....</b>	<b>811</b>
<i>José Gabriel Assis de Almeida</i>	
Introducción .....	811
1. El derecho empresarial como el derecho de los comerciantes .....	812
2. El derecho de empresa como el derecho de la actividad empresarial .....	815
3. El derecho de empresa como el derecho de la empresa .....	818
4. El derecho de empresa como el derecho del riesgo .....	822
Consideraciones finales .....	830

## PREFACIO

El libro *Derecho empresarial en Latinoamérica*, resultado de la interlocución y el diálogo institucional entre el Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) y las facultades de Derecho de Brasil y Latinoamérica, revela la modernidad del debate ocurrido y la perdurabilidad de la producción intelectual y académica identificado en el proceso de integración del Derecho latinoamericano.

El desarrollo de la actividad empresarial en la región latinoamericana, a través de reglas que reúnen condiciones a las diversas actividades empresariales para el suministro de bienes y/o servicios, es una herramienta fundamental para la preservación de los debates multilaterales y la certeza de la necesidad de integración regional como una forma de acelerar el crecimiento económico y social de los pueblos latinos, ya que promover el flujo comercial en la región y mejorar las normas internacionales que optimicen las iniciativas empresariales permitirá una mayor seguridad jurídica y el aumento de las perspectivas económicas del bloque.

En ese camino, la armonía de normas adaptadas al mundo empresarial y a la seguridad jurídica crea el ambiente para prácticas de *compliance* que vuelvan transparentes las operaciones e inhiban acciones lesivas y ahuyenten las inversiones y las alianzas comerciales. Con eso, tendremos más competitividad y un mejor ambiente de negocios, tanto en Brasil como en otros países de Latinoamérica. Para que los inversionistas incrementen sus niveles de confianza en el vasto territorio latino, que ofrece innumerables oportunidades a diferentes sectores, los modelos seguros de negociaciones, incluyendo el escenario público-privado,

serán fundamentales para el fortalecimiento de las normas empresariales y el desarrollo de múltiples y diversas sociedades latinoamericanas.

La participación del Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) en esta publicación, junto con la prestigiosa Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito Rio), es motivo de gran satisfacción y la confirmación de la continua y provechosa producción académica de dos grandes instituciones que promueven la docencia y la investigación jurídica. Para el IAB, es la ratificación del trabajo de la laboriosa Comisión de Derecho Comercial y su actual presidente, Dra. Érica Guerra, al mismo tiempo que consolida la extensa producción de los sustanciales contenidos jurídicos del IAB, que, como la entidad jurídica más antigua de las Américas, viene, desde 1843, desarrollando el perfeccionamiento del estudio jurídico nacional e internacional a través de diversas comisiones y participación en los principales foros internacionales del derecho y de la abogacía.

Veinte años después la promulgación de nuestro Código Civil, poder centrarse en esta sólida obra nos ofrece la oportunidad de mejorar el estudio y aplicación de nuestro Estatuto Civil a las sociedades empresariales, así como llevar su valor a los países latinos hermanos. La preocupación por ofrecer un régimen de integración regional latinoamericana, a través de un ambiente sano a las actividades empresariales, nos motiva a continuar en el camino del fomento del pensamiento científico y renueva las energías de las instituciones organizadoras de esta publicación, en seguir alimentando la armonía entre pueblos y el intercambio de sus experiencias y valores, con el objetivo de brindar plena seguridad jurídica a las transacciones jurídicas y empresariales desarrolladas en toda la región.

Disfruten de las enseñanzas y debates surgidos de las intensas, atemporales y poderosas jornadas del derecho empresarial, que reunieron pilares y exponentes de esta vibrante y fundamental área de estudio. El derecho empresarial y la actividad empresarial latinoamericana agradecen.

— Sydney Sanches  
Presidente del IAB Nacional

## PRESENTACIÓN

El libro *Derecho empresarial en Latinoamérica* es el resultado de los trabajos presentados en las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Comercial realizadas en octubre de 2015. Los temas generales fueron “La actividad empresarial y el derecho en Latinoamérica” y los resultados de la encuesta Derecho empresarial en el Superior Tribunal de Justiça (STJ), de la Fundação Getulio Vargas (FGV).

Las III Jornadas fueron organizadas conjuntamente por la Comisión de Derecho Empresarial del Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) y por la línea de investigación “Empresa y Actividades Económicas” de la Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Participaron del Comité Organizador el prof. José Gabriel Assis de Almeida (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade do Estado do Rio de Janeiro), el prof. Alexandre Assumpção Alves (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade do Estado do Rio de Janeiro), la prof. Érica Guerra da Silva (Instituto dos Advogados Brasileiros y Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro) y los estudiantes Aline Teodoro de Moura, Tainá Camargo, Allana Olmo, Tatiana Abranches, Micaela Barros Barcelos Fernandes. Claudio Luiz de Miranda, Gustavo Coelho y Ricardo Mafra (miembros de la Línea de Investigación Empresas y Actividades Económicas de la maestría y doctorado y Derecho de la UERJ).

En los tres días de las III Jornadas se presentaron paneles sobre los diversos temas del Derecho Empresarial: i) La evolución del derecho comercial al derecho empresarial; ii) El concepto de actividad empresarial; iii) La actividad empresarial y la libre competencia; iv) La actividad empresarial y el Derecho del Trabajo; v) La actividad empresarial y el derecho registral; vi) La actividad empresarial y el medio ambiente; vii) La actividad empresarial y las sociedades; viii) La actividad empresarial, la quiebra y la recuperación judicial, y la crisis de las empresas; ix) La actividad empresarial y los títulos de crédito; x) La dimensión internacional de la actividad empresarial desde la perspectiva del Mercosur y Unasur; y xi) La actividad empresarial y los litigios empresariales internacionales.

Estuvieron presentes en las III Jornadas profesores e investigadores de Argentina, Paraguay, Ecuador y Brasil, hecho que ha permitido la integración científica y cultural, promoviendo la unión entre los investigadores del derecho empresarial latinoamericano y fomentando nuevas iniciativas de conexión de las materias de Derecho Comercial.

Además de las III Jornadas, este libro también marca el cierre del Projeto de Pesquisa Direito Empresarial en el STJ, que buscó identificar cómo el STJ, el tribunal de uniformidad de la interpretación jurisprudencial de la legislación federal brasileña, decide sobre los casos de derecho societario llevados a su conocimiento.

Además de los artículos presentados en las III Jornadas, el presente trabajo divulga a los públicos brasileño y latinoamericano el artículo "Análise do REEsp. nº 975.834/RS: O STJ na encruzilhada entre os direitos do consumidor, societário e das políticas públicas",<sup>1</sup> que analiza la decisión judicial de derecho societario más citada por el STJ en los últimos diez años. Es decir, la discusión

1. Artículo publicado originalmente en el volumen 12, nº 2, de la *Revista Brasileira de Políticas Públicas*.

acerca del derecho societario en la práctica judicial brasileña que fue analizada en el Projeto de Pesquisa Aplicada Direito Empresarial en el STJ conducido por el Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio.<sup>2</sup>

*Érica Guerra da Silva*

Presidente de la Comisión Permanente de Derecho  
Empresarial del Instituto de Abogados Brasileños - IAB.

Vicepresidente de la Comisión de Derecho Comercial  
del Instituto dos Advogados Brasileiros, bienios  
2014/2016, 2016/2018, 2018/2020 y 2020/2022

---

2. Se pueden obtener más informaciones sobre la Pesquisa Direito Empresarial en el STJ en el sitio web: <https://diretorio.fgv.br/pesquisa/direito-empresarial-no-stj>. Accedido el: 28 sept. 2022.