

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 17**

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

Rio de Janeiro  
**julho / dezembro de 2015**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

**Editores:** Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

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

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

**Pareceristas Deste Número:** Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

**PATROCINADORES:**



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA  
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

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

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 17 (julho/dezembro 2015)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

\* Publicada no primeiro semestre de 2017.

# **O PAPEL DO DIREITO NA CONTENÇÃO DOS EFEITOS MALÉFICOS DA CORRUPÇÃO NAS ATIVIDADES NEGOCIAIS<sup>1</sup>**

## **THE LAWS ROLE IN RESTRAINING CORRUPTION BAD EFFECTS ON THE BUSINESS ACTIVITY**

*Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa*

*Resumo:* Neste trabalho estuda-se a repercussão que a corrupção gera nas atividades negociais. O foco do trabalho é o efeito que a corrupção causa aos participantes dos diversos mercados, principalmente no tocante ao aumento dos custos para se negociar e a perda de oportunidades lícitas e legítimas de negócios. O objetivo principal é verificar como o Direito pode atuar para conter os efeitos maléficos da corrupção nesse ambiente de mercado.

*Palavras-chave:* Corrupção. Atividade negocial. Reparação de danos.

*Abstract:* In this paper we study the impact that corruption generates in business activities. His focus is the effect that corruption causes the participants of the various markets, particularly with regard to increased costs to negotiate and the loss of lawful and legitimate business opportunities. The main goal is to see how the law can

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07.11.2016 e aceito em 12.06.2017.

act to contain the evil effects of corruption in this market environment.

*Keywords:* Corruption. Business activities. Damage repair.

*Sumário:* Introdução. 1. Atividade negocial e mercado. 1.1. O direito comercial antes do liberalismo clássico. 1.2. Os atos de comércio. 1.3. A teoria da empresa. 1.3.1. A teoria da empresa no Código Civil brasileiro. 1.3.2. A influência da Economia sobre a teoria da empresa. 2. A atividade negocial. 2.1. A empresa como mecanismo para a redução dos custos de transação e instrumento de ganho de eficiência. 3. Os danos à atividade negocial gerado pela corrupção e a sua reparação. 3.1. A repressão à corrupção pelo Direito. 3.2. A reparação do dano provocado à atividade negocial por ato de corrupção. 3.2.1. O conceito de dano material. 3.2.2. Os danos emergentes. 3.2.3. Os lucros cessantes. 3.2.4. A perda de uma chance. Conclusão.

## **Introdução.**

O objetivo deste trabalho é compreender o papel que o Direito exerce na contenção dos efeitos maléficos que a corrupção produz, notadamente no âmbito das atividades negociais.

Os jornais estampam, para infelicidade da população, quase que diuturnamente, notícias envolvendo corrupção. São casos de suborno, nos quais os envolvidos recebem ou pretendem receber vantagens indevidas. Eles ocorrem tanto no âmbito do Poder Público, quanto na esfera privada.

Além de causarem opróbrio e indignação, a corrupção produz efeitos econômicos perversos. Ela atinge o sistema de mercado – invertendo a lógica de que o preço é o principal referencial para a tomada de decisões – e viola princípios constitucionais como o da livre concorrência e da livre iniciativa. Por isso o Direito precisa atuar para evitar, corrigir ou superar esses efeitos daninhos.

Especificamente quanto às atividades econômicas, que são as que mais importam para o presente estudo, a corrupção gera custos e impede oportunidades. Por impactarem um direito legítimo, que é o exercício de atividade produtiva, os custos e as chances perdidas devem ser consideradas danos e, como tais, devem ser reparados integralmente.

Não basta, contudo, que o Direito assegure essa reparação. Se essa conduta afeta direitos legítimos, é indispensável que o ordenamento jurídico o tutele integralmente. Sendo assim, cumpre ao sistema jurídico desempenhar esse papel de garantir a efetividade desses direitos, o que pode ser feito de três formas: (i) repressão da conduta antijurídica por meio da previsão de sanções – que podem ser de caráter penal, administrativo e civil; (ii) adoção de estímulos que induzam a pessoa a praticar atos que não sejam contrários à lei; e, como já mencionado, (iii) reparação integral dos danos causados pelos envolvidos no ato de corrupção.

Para o cumprimento dessa tarefa deverão ser analisados os efeitos econômicos que esse tipo de conduta produz e as formas pelas quais os danos podem ser evitados, mitigados ou reparados. Este estudo, contudo, se restringirá ao exame da terceira hipótese, ou seja, a reparação integral dos danos causados pelos envolvidos no ato de corrupção.

Como o estudo se limitará ao ordenamento brasileiro, é necessário relatar a evolução do tratamento jurídico dado à atividade comercial, com especial atenção à adoção da teoria da empresa pelo direito comercial e o momento atual dessa disciplina. Somente então será possível se medir a extensão dos danos aventados e compreender como o Direito pode atuar para eliminar ou mitigar os efeitos malévolos decorrentes dessa forma de atuar.

A pesquisa parte, portanto, do problema relacionado ao tratamento dado pelo Direito aos efeitos produzidos pela corrupção especificamente quanto às atividades negociais, tal como a exploração de empresa.

No desenvolvimento do tema, procurou-se demonstrar como a corrupção, por deturpar princípios econômicos, morais e éticos que são considerados pelo Direito, atinge expectativas e direitos legítimos, devendo ser objeto de repressão.

O trabalho foi estruturado em pesquisa jurídico-teórica, de cunho bibliográfico e documental, vinculada à área de direito civil empresarial, tendo sido utilizado o método dedutivo.

Na primeira parte buscou-se situar o problema por meio de um panorama do tratamento dado à atividade negocial e à tutela do mercado. Traçou-se a linha histórica que refletiu a evolução do Direito Comercial, do seu surgimento como um direito voltado para a disciplina da classe dos comerciantes – vertente subjetivista –, a guinada que sofreu com a ascensão da teoria dos atos de comércio – visão objetiva –, e, por fim, a entrada da teoria da empresa e da proteção do mercado.

A segunda parte dedicou-se ao estudo da atividade negocial, notadamente do papel que a empresa desempenha no aumento da eficiência por meio da redução de custos.

Por fim, dedicou-se à análise dos efeitos malévolos da corrupção e como o Direito deve lidar com isso.

## **1. Atividade negocial e mercado.**

Com o objetivo de situar o problema, analisa-se, neste tópico, o desenvolvimento do direito comercial: a sua concepção medieval calcada na figura da pessoa do mercador; a adoção, pelo liberalismo clássico, da figura dos atos de comércio positivados; o surgimento da teoria da empresa e, finalmente, a empresa como elemento do ordenamento do mercado. Trata-se de assunto necessário para se compreender a questão debatida nesta monografia, qual seja o alcance da reparação de danos surgidos às atividades negociais decorrentes da corrupção.



A trajetória do direito comercial está atrelada à prática reiterada dos mercadores e aos usos e costumes por eles adotados. A partir da necessidade de se tornar mais seguras essas relações comerciais, ele se positiva: primeiramente, nos estatutos das corporações de ofício e associações de classe; depois, nos códigos liberais; e, em seguida, nos inúmeros diplomas legais que disciplinam seus institutos.

Parte-se neste capítulo da formação das instituições mercantis na Idade Média<sup>2</sup>. Isso porque, conquanto houvesse intensa atividade comercial nas civilizações da Antiguidade, não se conhece registros da existência da figura do comerciante de profissão<sup>3</sup>.

O surgimento do direito das corporações de ofício é a primeira etapa dessa jornada até alcançar o moderno ordenamento do mercado, no qual a empresa, na condição de atividade organizada com vistas ao lucro, configura um importante elemento, notadamente para a redução dos chamados, numa tradução descuidada, de “custos de transação”, que nada mais são do que os custos institucionais relacionados ao mercado. Esse ordenamento do mercado é constituído por diversos outros ordenamentos volvidos a determinado setores, sendo o direito comercial apenas um deles.

### **1.1. O direito comercial antes do liberalismo clássico.**

Não é possível se afirmar, com segurança, que houve um direito comercial na mais remota antiguidade, não obstante, com o apa-

---

2 Para um panorama da atividade comercial na Antiguidade, v. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960, v. 1, p. 14-50.

3 Registra Alfredo Lamy Filho, citando Levin Goldschmidt: “Em verdade – repetimos – o comércio ‘mão na mão, olhos nos olhos sempre se praticou, e há milênios, na China ou no Egito, ou em Pompéia, em Óstia ou na Grécia. E também nos mercados, área a que todos tinham igual acesso para efetivar as trocas. Mas não há referência ao comerciante de profissão, e é nos mercados que se desenvolvem as primeiras noções dessa relação que se constitui no ‘valor das coisas’” (LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4).

recimento da moeda, tenha surgido a figura do mercador, que tinha por profissão intermediar as trocas do comércio. Existiram, sim, algumas normas voltadas a disciplinar essa atividade, como o Código do Rei Hammurabi, da Babilônia, tido como uma das mais antigas normas escritas. São conhecidas, ainda, diversas regras jurídicas, regulando instituições de direito comercial marítimo, que os romanos acolheram dos fenícios, denominadas *Lex Rhodia de Iactu* (alijamento) ou institutos como o *foenus nauticum* (câmbio marítimo). Mas nenhuma dessas normas chegou a formar um corpo sistematizado, voltado para a disciplina dessa área do Direito<sup>4</sup>.

O Império Romano desconhecia o direito comercial. Os estrangeiros – que eram quem geralmente praticavam mercancia – eram regidos pelo *jus gentium*, ao passo que os cidadãos romanos – dedicados mais às atividades rurais e ao exercício dos atributos da propriedade – observavam o *jus civile*, que previa normas distintas do primeiro. Não havia, assim, um direito especial voltado para tratar das questões do comércio.

A Idade Média, contudo, o conheceu. Após a queda de Roma, com o restabelecimento da ordem política, administrativa, social e econômica do ocidente, o comércio voltou a florescer, sobretudo na Itália, em cidades como Veneza, Pisa, Gênova, Milão, Bolonha e Florença.

Como afirma João Eunápio Borges, o misto de direito romano e canônico que vigorava na Itália nessa época não satisfazia os interesses dos comerciantes, sobretudo em vista da hostilidade do direito canônico à usura<sup>5</sup>. As corporações, que haviam sido formadas como reação às invasões e ao arbítrio dos senhores feudais<sup>6</sup>, elaboraram um novo direito para os comerciantes. Destaca Waldemar Ferreira, que

---

4 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 8.

5 BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 24-25.

6 FERREIRA, Waldemar, *op. cit.*, p. 39.

os “[n]egociantes, banqueiros, industriais, artejanos, quantos se sentiram atraídos por interesses (*sic*) comuns, se organizaram em corporações, sujeitas a rigorosa disciplina, em que residia o segrêdo (*sic*) de sua força”<sup>7</sup>.

Cuida-se de um ordenamento fincado no sujeito para o qual ele era dirigido, isto é, o mercador. Ele alcançou grande importância, muito em decorrência da fragilidade da organização dos Estados. Não havia ainda uma consciência exata do papel do Estado. Nessa época “se confundem o público e o privado, o *imperium* e o *dominium*, a fazenda do príncipe e a fazenda pública”<sup>8</sup>. Os usos comerciais e os estatutos corporativos tornaram-se o direito comum de todos os comerciantes da Europa, “o *jus mercati* ou *jus mercatorum* que dominava sem contraste, em todos os portos, feiras e mercados”<sup>9</sup>.

Registra João Eunápio Borges que remontam a essa época diversos institutos do direito comercial, como a matrícula dos comerciantes, a necessidade e força probante dos seus livros, as sociedades comerciais, as letras de câmbio, as operações bancárias, o seguro e a falência<sup>10</sup>.

Na França, com a ascensão do Absolutismo, o direito das corporações de ofício foi sucedido por corpos de leis baixados por Luís XIV, sob a influência do seu ministro de Estado e da economia, Jean-Baptiste Colbert. A primeira dessas Ordenanças, de março de 1673, se referia ao comércio terrestre, regulando as atividades dos “negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de bancos e corretores, livros de comércio, sociedades, letra de câmbio, notas promissórias, prisão por dívidas, moratórias, caução de bens, falências, ban-

---

7 *Ibidem*, p. 39-40.

8 TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 14.

9 BORGES, João Eunápio, *op. cit.*, p. 27; HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Trad. Agustín Vicente Gella. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933, p. 3.

10 BORGES, João Eunápio, *op. cit.*, p. 26.

carrotas, jurisdição comercial”. Ela é comumente chamada de “Código Savary”, em vista da contribuição dada por um comerciante que tinha esse nome. A segunda, baixada em 1681, foi a Ordenança da Marinha, que regulava vários contratos do direito marítimo<sup>11</sup>.

Com as revoluções liberais, as ordenações francesas foram substituídas pelo direito dos códigos. Elas, entretanto, constituíram-se em importantes fontes de estudo para os legisladores liberais e serviram de inspiração para o *Code de Commerce* de 1807, que inaugurou uma nova fase do direito comercial.

## 1.2. Os atos de comércio.

O chamado período estritamente subjetivista do direito comercial, que retrata a fase na qual ele traduzia um “direito *corporativo, profissional, especial, autônomo*, em relação ao direito territorial e civil, e *consuetudinário*”<sup>12</sup> sofreu com certas fragilidades institucionais, notadamente pelo seu objeto, pois esse era o critério que definia a competência judiciária dos cônsules e magistrados, aos quais cabia a aplicação contenciosa do direito das corporações. Isso porque muitos aspectos da vida do comerciante não deviam ser submetidos a esse direito; eles, à ciência certa, praticavam atos da vida civil, que não se relacionavam com a atividade econômica e profissional que exerciam.

Era necessário, assim, delimitar a matéria que seria submetida a esse direito especial. Começa-se, então, a delinear-se o conceito objetivo calcado sobre o ato de comércio.

Esse conceito dá um passo importante com as ordenações francesas de 1673 e 1681. Todavia, foi com a Revolução Francesa, que constituiu-se na principal revolução liberal, tendo influenciado inú-

---

11 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 10.

12 REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 11.

meros outros movimentos dessa natureza, que ele se firmou. Seus ideais eram contrários a privilégios, como a existência de um direito corporativo especial e autônomo. Não à toa, em 14 de junho de 1791, foi editada a célebre Lei *Le Chapelier*, que proibiu, sob qualquer forma, a constituição e manutenção de todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão.

Há de se acrescentar a esse movimento a codificação do direito privado, que foi um dos principais frutos dessa revolução. Especificamente no que tange ao direito comercial, viu-se que o direito das corporações de ofício, calcado na figura do mercador que integrava a corporação, foi sucedido por ordenações. Estas, que tinham origem absolutista, foram substituídas por um código: o *Code de Commerce* de 1807.

Esse código, apesar de não haver inovado muito nessa matéria, tendo conservado quase tudo o que dispunham as ordenações que o antecederam, solidificou a repressão àquele direito das corporações de ofício. Inspirado pelos aventados ideais liberais da Revolução Francesa, o Código napoleônico de 1807 repeliu privilégios. Recusou a existência de um direito classista, que não se submetia ao poder do Estado. Até porque, como já havia sido notado pelos absolutistas, aquele direito medieval não era adequado para fazer frente às necessidades de conquista de novos mercados.

Principalmente, o Código Comercial francês adotou a concepção objetiva do direito comercial. Nas palavras de Paula Andréa Forgioni, “[c]om sua supressão e promulgação do Código Comercial francês, a competência especial firma-se na prática de determinados atos: os atos de comércio”<sup>13</sup>. Essa tendência orientou vários códigos editados posteriormente, como o Código Comercial espanhol de 1829; o Código Comercial português de 1833; e o Código Comercial italiano

---

13 FORGIONI, Paula Andréa. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

de 1865. Assim também se deu no Brasil, por meio do Regulamento nº 737 de 1850.

Conquanto o Código Comercial de 1850 tenha adotado, a princípio, uma posição subjetiva, ao dispor, no seu artigo 4º, que “[n]inguém é reputado comerciante [...], sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual”, da mesma forma como fez o artigo 9º ao asseverar que “[o] exercício efetivo de comércio para todos os efeitos legais presume-se começar desde a data da publicação da matrícula”, o citado Regulamento, que disciplinava a “ordem do Juízo (*sic*) no Processo Commercial”, estabelecia quais seriam os atos de comércio ou de mercancia (artigos 19 e 20)<sup>14</sup>.

Logo, conquanto já fosse possível se notar algum espaço para uma concepção subjetiva de comerciante, sua ordem legal foi calcada em preceitos de ordem objetiva.

A doutrina da época, entretanto, tinha grande dificuldade de estabelecer um sentido unívoco para o objeto do direito comercial. Cada autor procurou, a seu modo, apresentar uma noção de ato de comércio ou de mercancia, já que a concepção puramente objetiva não era suficiente para retratar o fenômeno da atividade de comércio. Essa dificuldade permaneceu mesmo após a revogação do Decreto nº

---

14 Dispunha o artigo 19 do citado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850: “Considera-se mercancia: §1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. §2º As operações de cambio, banco e corretagem. §3º As emprezas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. § 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo. § 5º A armação e expedição de navios”. Já o artigo 20, determinava que: “Serão tambem julgados em conformidade das disposições do Codigo, e pela mesma fórma de processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante: §1º As questões entre particulares sobre titulos de divida publica e outros quaesquer papeis de credito do Governo (art. 19 §º Tit. unico Codigo). §2º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja à sua natureza e objecto (art. 19 §2º Tit. unico Codigo). §3º As questões que derivarem de contratos de locação comprehendidos na disposição do , com excepção sómente das que forem relativas á locação de predios rusticos e urbanos (art. 19 §3º Tit. unico Codigo). §4º As questões relativas a letras de cambio, e de terra, seguros, risco, e fretamentos”.

737 de 1850, ocorrida com o advento do Código de Processo Civil de 1939, uma vez que, em vista da existência de institutos próprios do comerciante – como a compra e venda mercantil –, do costume arraigado, da jurisprudência e da doutrina, essa visão objetiva do direito comercial foi preservada até o advento do Código Civil de 2002.

Além das que foram apresentadas acima, há ainda mais uma característica importante desse período, que merece ser destacada. Ela diz respeito à distinção entre obrigações civis e comerciais.

O Código Comercial regulava os institutos específicos do direito comercial, inclusive as obrigações. O instituto que não fosse particularmente ligado ao comércio, era disciplinado pelo direito civil. Portanto, o direito comercial era considerado um direito especial, ao passo que o direito civil o direito comum. Daí vozes da importância de Waldemar Ferreira<sup>15</sup> sustentarem, com amparo em normas do Código Comercial, em especial o seu art. 121, a existência de um direito das obrigações comum ao direito civil e ao direito comercial.

A falta de um critério mais seguro para se operar a distinção desses regimes causava muitas dúvidas, notadamente em relação ao contrato de compra e venda. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor e, sobretudo, com o Código Civil de 2002, esse problema foi resolvido.

Não se pode deixar de mencionar, que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1.572/2011, que trata do novo Código Comercial. Uma das principais características desse projeto é a de estabelecer novamente a cisão do Direito das Obrigações, por meio da adoção de regimes diferenciados entre obrigações civis e obrigações empresariais.

---

15 Segundo Waldemar Ferreira, haveria, de um lado, o Código Civil e, de outro, o Código Comercial e, de permeio, o direito das obrigações, comum a um e outro: “Este é o sistema do Direito Brasileiro, desde que o Código Comercial de 1850 determinou, no art. 121, que as disposições do Direito Civil para os contratos em geral se aplicariam aos contratos comerciais, com as restrições ou modificações nêlé consignadas” (FERREIRA, Waldemar, *op. cit.*, p. 202).

### 1.3. A teoria da empresa.

Em meio à Segunda Guerra Mundial, a Itália edita, em 1942, seu Código Civil. Esse Código unificou e uniformizou as obrigações civis e comerciais. Isso representou, em certa medida, uma inovação, em vista do que ocorrera com os códigos civis francês e alemão<sup>16</sup>, que não tratavam de matéria relativa ao direito comercial. Contudo, é importante destacar que essa não foi a primeira experiência de uniformização do direito privado. O Código de Obrigações suíço de 1911 já havia estabelecido um tratamento único para as obrigações civis e comerciais. O próprio Código Comercial brasileiro determinava a aplicação do direito civil aos contratos comerciais, desde que não houvesse conflito com as suas disposições. Nessa linha, destacam-se os artigos 121 e 428 do Código Comercial, que assim dispunham:

Art. 121 — As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.  
(...)

Art. 428 — As obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código.

Além de uniformizar o tratamento dos institutos de direito privado, o Código Civil italiano transferiu o eixo do direito comercial dos atos de comércio para a empresa.

---

16 O Código Comercial alemão previa a aplicação do Código Civil em matéria comercial, quando esta não estivesse em conflito com a norma especial. Nesse sentido, afirma Karl Heinsheimer que *“[e]l Derecho mercantil regula sus instituciones solamente en aquellos puntos particulares en que se separa de las normas generales del Derecho civil, o en que es preciso completar los preceptos de aquél. En consecuencia, las precripciones del Código civil tienen también aplicación en materia comercial (art. 2 de la Ley promulgando el Código de Comercio alemán de 10 de mayo de 1897), y ello, tanto en cuanto a los principios fundamentales, que son en primer término comunes a los principios fundamentales, que son en su calidad de fuente subsidiaria para complementar el Código de Comercio en las materias reguladas por éste”* (HEINSHEIMER, Karl, *op. cit.*, p. 2).



Naquele momento, a noção de empresa guardava forte orientação fascista, pois ligava o exercício dessa atividade ao atendimento do interesse da nação<sup>17</sup>. Ele surgiu como um conceito dissociado dos valores liberais que orientaram o *Code de Commerce*<sup>18</sup>, notadamente pelo ambiente de forte dirigismo econômico adotado pelo governo fascista<sup>19</sup>. O espírito corporativista orientou diversas de suas normas<sup>20</sup>.

---

17 A *Carta del Lavoro* continha os princípios gerais do corporativismo. A partir dela, é possível se extrair a importância da empresa e a sua vinculação aos interesses da nação. Destaca-se, nessa linha, o seu artigo VII: “*Lo Stato corporativo considera l’iniziativa nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione. Nell’organizzazione privata della produzione, essendo una funzione di interesse nazionale, l’organizzatore dell’impresa è responsabile dell’indirizzo della produzione di fronte allo Stato. Dalla collaborazione delle forze produttive deriva fra esse reciprocità di diritti e di doveri. Il prestatore d’opera, tecnico, impiegato od operaio, è un collaboratore attivo dell’impresa economica, la direzione della quale spetta al datore di lavoro che ne ha la responsabilità*”.

18 O Código Comercial francês seguia a linha objetiva calcado sobre os atos de comércio, o que se extrai logo do seu artigo 1º: “*Sont commerçans ceux qui exercent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle*”.

19 FORGIONI, Paula A, *p. cit.*, p. 67.

20 Paula A. Forgioni destaca como exemplos de normas corporativistas os artigos: 2.088 [“*L’imprenditore deve uniformarsi nell’esercizio dell’impresa ai principi dell’ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano e risponde verso lo Stato dell’indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative*”], 2.089 [“*Se l’imprenditore non osserva gli obblighi imposti dall’ordinamento corporativo nell’interesse della produzione, in modo da determinare grave danno all’economia nazionale, gli organi corporativi, dopo aver compiuto le opportune indagini e richiesto all’imprenditore i chiarimenti necessari, possono disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso la corte d’appello di cui fa parte la magistratura del lavoro competente per territorio, perché promuova eventualmente i provvedimenti indicati nell’articolo 2091*”] e 2.091 [“*La magistratura del lavoro, se accerta che l’inosservanza perdura, fissa un termine entro il quale l’imprenditore deve uniformarsi agli obblighi suddetti. Qualora l’imprenditore non vi ottemperi nel termine fissato, la magistratura del lavoro può ordinare la sospensione dell’esercizio dell’impresa o, se la sospensione è tale da recare pregiudizio all’economia nazionale, può nominare un amministratore che assuma la gestione dell’impresa, scegliendolo fra le persone designate dall’imprenditore, se riconosciute idonee, e determinandone i poteri e la durata. Se si tratta di società, la magistratura del lavoro, anziché nominare un amministratore, può assegnare un termine entro il quale la società deve provvedere a sostituire gli amministratori in carica con altre persone riconosciute idonee*”] (*Ibidem*, p. 70).

Com a queda do fascismo, a *Carta del Lavoro* e alguns artigos do *Codice Civile* foram revogados. Contudo, o Código Civil de 1942 continuou a ser o epicentro do direito privado e a noção de empresa se tornou neutra aos princípios corporativistas e fascistas.

Já a Europa, com o fim da Segunda Guerra, iniciou um movimento de recuperação econômica. Orientados pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os países europeus, por meio de tratados internacionais, foram construindo um novo cenário político, com vistas à superação das barreiras comerciais, o que culminou com a formação da União Europeia.

Nesses tratados internacionais, como noticia Paula Andréa Forgioni, o conceito de empresa esteve presente<sup>21</sup>. Podem ser citados, nessa linha, o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, de 1951; o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, de 1957; e o Tratado da Comunidade Europeia, de 1992. O Tratado de Funcionamento da União Europeia, que alterou e consolidou o Tratado da Comunidade Europeia, dispõe sobre a empresa em vários de seus artigos.

Atualmente, a União Europeia está engajada em estratégias de crescimento econômico, que tem no incentivo ao empresário e ao empreendedorismo seus principais pilares. Fala-se em uma “nova revolução industrial”, por meio da qual as empresas, alavancadas pelas novas tecnologias, expandiriam suas atividades, sobretudo para alcançar novos mercados.

### **1.3.1. A teoria da empresa no Código Civil brasileiro.**

Após uma resistência inicial à teoria da empresa, a teoria dos atos de comércio foi paulatinamente abandonada pela doutrina<sup>22</sup>. De-

---

21 *Ibidem*, p. 82-87.

22 FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 58.

certo que, com o passar dos tempos, o objeto do direito comercial mudou. A doutrina e a jurisprudência passaram a analisar o direito comercial não com base em atos isolados e até estanques (atos de comércio por força de lei). Passou-se a dar mais importância ao dinamismo das relações comerciais, notadamente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

De certa forma, essa tendência já era observada no início do processo de codificação. O Código Comercial francês de 1807 previa que “todas as empresas de manufaturas, de comissão, de transporte por terra e água” e “todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos” eram considerados atos de comércio<sup>23</sup>. Por influência do referido Código, o Regulamento 737/1850, como visto, também utilizou o termo empresa na enumeração dos atos de comércio.

Nessa época, no entanto, prevalecia a tese de que empresa era apenas uma repetição profissional de atos de comércio. Famosa era a definição de Inglez de Souza, segundo qual

por empresa devemos entender uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual. A intromissão assim se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor do resultado do trabalho, com o intuito de lucro.<sup>24</sup>

Esse, contudo, não foi o conceito que vingou. A doutrina passou a adotar, entre os vários perfis desse fenômeno poliédrico, consoante a clássica definição de Alberto Asquini<sup>25</sup>, o subjetivo, calcado,

---

23 REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 51.

24 INGLEZ DE SOUZA, Herculano M. *apud* REQUIÃO, Rubens, *op. cit.*, p. 56.

25 ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 104, ano XXXV, out./dez. 1996, p. 109-126.

por sua vez, na teoria econômica da empresa, que a considera a atividade organizada e explorada por um empresário.

Como referências da doutrina de vanguarda que contribuiu para essa evolução da teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, citam-se as seguintes obras: *Limitação da responsabilidade do comerciante individual*, de 1956, tese de cátedra de Sylvio Marcondes Machado; *A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio*, de 1959, tese de cátedra de Rubens Requião na Universidade Federal do Paraná; *Teoria do estabelecimento comercial*, de 1969, tese de cátedra na Universidade de São Paulo de Oscar Barreto Filho; *A teoria jurídica da empresa*, de 1985, de Waldírio Bulgarelli<sup>26</sup>.

A jurisprudência também avançou sobre o tema, contribuindo para a consolidação da teoria da empresa no Brasil. Como anota Paula Andréa Forgioni, em pelo menos três grandes questões, as discussões jurisdicionais evoluíram com base na visão de empresa: (a) na construção do instituto da dissolução parcial; (b) no delineamento das hipóteses de exclusão de sócios; e (c) na preservação do ente produtivo que se encontra em dificuldades econômicas<sup>27</sup>.

---

26 Em um caminho intermediário entre a teoria dos atos de comércio e a teoria da empresa, cita-se a teoria das profissões mercantis, defendida com maestria por João Eunápio Borges. Segundo o professor catedrático de direito comercial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, “o art. 19 do regul. 737, completando o art. 4º do Código, enumera as profissões que considera *mercancia*. Vale dizer, o art. 19 do regul. 737 não tem o mesmo alcance do art. 632 do Código francês, que enumera *atos de comércio*. Mas como o Código alemão de 1897, nossa lei fez, em 1850, a enumeração das profissões mercantis”. E prossegue o mencionado professor, “do mesmo modo que constituindo *mercancia* a prática profissional de ato de compra e venda para a revenda, não é, porém, *ato de comércio* a mesma operação isoladamente considerada, a qual falta o requisito do art. 191 do Código, também não será ato de comércio uma *operação bancária*, um ato de *comissão* ou qualquer dos enumerados nos demais parágrafos daquele art. 19, sem que o mesmo se integre, através da repetição profissional dos mesmos, numa *mercancia*. E esta é caracterizada pela ‘organização da empresa criada especialmente para aqueles negócios’, como ensina o próprio Carvalho de Mendonça, em relação às operações bancárias, numa lição que, [...], é aproveitável para todos os atos compreendidos no art. 19 do regul. n. 737, e da qual aquele eminente comercialista não tirou todas as consequências que dele decorrem necessariamente” (BORGES, João Eunápio, *op. cit.* p. 110).

27 FORGIONI, Paula A., *op. cit.*, p. 91.

Após esse longo caminho, em 2002, a teoria dos atos de comércio cede derradeiramente lugar à teoria da empresa. Com a sanção do Código Civil de 2002, passa-se a vigorar oficialmente a teoria da empresa.

O Código Civil não chega a conceituar diretamente empresa. Ele o faz quando trata do empresário. Segundo o seu artigo 966, “[c]onsidera-se empresário quem “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços”. Partindo-se dessa definição, e considerando que empresário exerce empresa, conclui-se que empresa é a “atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços”.

Como esclarece Sylvio Marcondes Machado, o Código Civil, tomando a empresa em seu perfil subjetivo, conceitua o empresário por traços definidos em três condições:

- a) exercício de atividade econômica e, por isso, destinada à criação de riqueza, pela produção de bens ou de serviços para a circulação, ou pela circulação dos bens ou dos serviços produzidos;
- b) atividade organizada, através da coordenação dos fatores de produção – trabalho, natureza e capital – em medida e proporção variáveis, conforma a natureza e o objeto da empresa;
- c) exercício praticado de modo habitual e sistemático, ou seja, profissionalmente, o que implica dizer, em nome próprio e com ânimo de lucro. Dessa ampla conceituação exclui, entretanto, quem exerce profissão intelectual, mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, por entender que, não obstante produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais, ou bens, como o fazem os artistas, o esforço criador se implanta na própria mente do autor, de onde resultam, exclusiva e diretamente, o bem ou o serviço, sem interferência exterior de fatores de produção, cuja eventual ocorrência é, dada a natureza do objeto alcançado, meramente acidental.<sup>28</sup>

---

28 MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.140-141.

A mudança de objeto do direito comercial alterou de forma substancial sua teoria geral. Quem outrora era considerado comerciante, pelo simples fato de praticar, profissionalmente, ato de comércio por força de lei, pode hoje não ser considerado empresário. Para tanto, a pessoa, seja física ou jurídica, deve explorar atividade economicamente organizada, não bastando a simples prática isolada de ato de comércio.

Aliás, a definição de empresa não é pacífica na doutrina nacional. A distinção entre sociedade simples e empresária ainda é motivo de divergências. Nove foram as hipóteses que o Código Civil estabelece o regime societário, independentemente do objeto social, como é o caso das sociedades por ações, que sempre serão empresárias, e das cooperativas, que sempre serão sociedades simples, existem dúvidas conspícuas sobre quais seriam os critérios para se definir uma sociedade como simples ou empresária. As dúvidas aumentam ainda mais, quando se discute o que seria o chamado “elemento de empresa”, a que se refere o parágrafo único do art. 966 do Código Civil<sup>29</sup>.

---

29 O parágrafo único do art. 966 do Código Civil dispõe que “[n]ão 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*” (grifei). O que seria afinal esse “elemento de empresa”? A doutrina se divide em pelo menos duas correntes. Há quem defenda que basta que a atividade intelectual seja organizada, para ela ser considerada empresária. Outros sustentam que a organização por si só não seria suficiente. Para que fosse considerada empresa, a atividade intelectual teria de produzir bens ou serviços que fossem comercializados indistintamente, sem caráter pessoal. Sobre o tema, remeta-se a VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 135-141. O Conselho de Justiça Federal aprovou, na III Jornada de Direito Civil, três enunciados sobre o tema: “193 – Art. 966: O exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa”; “194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”; “195 – Art. 966: A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial”. Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a natureza empresarial de sociedade limitada de médicos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 555.624/PB. Segunda Turma. Relator: Min. Franciulli Neto. Data de Julgamento: 19 fev. 2004. Data de Publicação: 27 set. 2004. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, v. 184, p. 196).

### 1.3.2. A influência da Economia sobre a teoria da empresa.

Um dos objetivos desta monografia é examinar a relação entre a Economia e o Direito, notadamente no campo do direito comercial, para que se alcance uma solução para a questão dos danos provocados pela corrupção. Logo, é necessário se examinar se a Economia exerce influência sobre o fenômeno da empresa.

Antes mesmo da adoção dessa teoria pelo Código Civil italiano, importantes estudos sobre o papel da empresa foram desenvolvidos, principalmente nos Estados Unidos. Em 1932, Adolf Berle e Gardiner Means, por meio da obra *The modern corporation and private property*, demonstraram que na sociedade anônima, separam-se propriedade e poder de controle e que este, em companhias com o capital muito pulverizado, acaba sendo exercido pelos administradores, o chamado controle gerencial; e que essa separação pode proporcionar um grande aumento da riqueza, na medida em que possibilita a aplicação de capitais em empreendimentos bem estruturados e organizados, que visam ao lucro.

Em 1937, Ronald Coase publicou o artigo *The nature of the firm*. Nele o aventado economista analisa o papel da empresa. Em resumo simplificador, ele afirma que a razão de ser das empresas é a de aumentar a eficiência econômica, por meio da redução daquilo que ele denominou de custos de transação<sup>30</sup>.

Para estudar as consequências dessa revelação acerca dos custos de transação e do papel da empresa como forma de aumentar a eficiência das trocas no mercado, surgiu a chamada Nova Economia Institucional, liderada pelo economista Oliver Williamson. Essa escola econômica desenvolveu estudos relacionados ao funcionamento do mercado, a partir de institutos como o contrato, da empresa e sua forma de organização, dos já referidos custos de transação, dos direitos de propriedade etc.

---

30 Os custos de transação serão analisados no capítulo 3.

*Pari passu*, outra escola doutrinária de cunho liberal neoclássico, a chamada Escola de Chicago, desenvolveu estudos que se notabilizaram pelas críticas à intervenção do Estado na economia. Suas ideias influenciaram o surgimento de escola, encabeçada por Richard Posner, que propunha a análise do Direito à luz da Economia. Daí ter recebido o nome de escola da Análise Econômica do Direito. Essa escola da Análise Econômica do Direito sofre críticas incisivas pelo fato de prestigiar a eficiência econômica à justiça<sup>31</sup>.

Essas doutrinas econômicas deram um novo colorido à teoria da empresa. A partir desses estudos, o seu centro foi deslocado da atividade economicamente organizada para a sua função no mercado. Em outras palavras, a partir dessas construções, a visão interna da empresa, ou seja, de sua organização, perdeu prestígio. Ela deixou de ser considerada o fator mais relevante a seu respeito, pois, segundo essa visão, o que de fato importa é o papel que a empresa desempenha no mercado.

O direito comercial evidentemente se ocupa das relações internas da empresa, tanto que as disciplina normativamente. Mas a sua preocupação principal é a relação que a empresa, como objeto de direito, mantém com o mercado. Essa preocupação é tamanha, que ele edificou um sistema próprio para ela. Prevendo, inclusive, como no caso da empresa individual de responsabilidade limitada, a personificação dessa atividade, passando a tratar a empresa como sujeito de direito, que está em permanente interação com o mercado (Código Civil, art. 44, VI).

## **2. A atividade negocial.**

Vive-se num mundo de fatos. Fatos reais ou, como ficou mais nítido recentemente, virtuais, que compõem a vida mundana. O Di-

---

31 Cita-se, à guisa de ilustração, a lúcida crítica apresentada por Ronald Dworkin à Análise Econômica do Direito. Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 333-376.



reito se ocupa dos fatos que resultam em consequências jurídicas. Esses acontecimentos são de duas ordens: os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos.

Os fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles acontecimentos da natureza, que têm repercussão jurídica. A chuva torrencial, o terremoto, a erupção de um vulcão que provocam danos a pessoas; a passagem do tempo, que constitui medida para contagem de prazo; o nascimento da cria de uma vaca de propriedade de um pecuarista são exemplos de acontecimentos da natureza que geram consequências para o direito.

Os atos jurídicos dizem respeito à atuação do homem. São os acontecimentos que têm como origem a sua conduta nos mais variados campos de atuação humana: das artes à política, do ócio ao comércio. Os atos jurídicos envolvem a realização da vontade. São atos que têm por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Quando ele contém, além disso, uma declaração de vontade dirigida no sentido de obtenção de um resultado, diz-se, então, estar-se diante de um negócio jurídico ou ato negocial. O negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico, que, além daquele, possui as seguintes outras espécies: fato jurídico *stricto sensu* e ato de realização da vontade ou ato jurídico.

Sem desprezar as demais, o negócio jurídico é a mais importante espécie de fato jurídico. Tanto assim, que o Código Civil de 2002, ao contrário do anterior, tratou apenas dessa espécie de fato jurídico. Isso não significa que o direito deixou de se ocupar das outras espécies, como os fatos jurídicos *stricto sensu* e os atos jurídicos de realização de vontade. Estes continuam a ser disciplinados pelo ordenamento. O Código Civil apenas deixou de normatizá-los em uma seção específica, preferindo tratar diretamente do negócio jurídico. Mas existem normas que versam sobre fatos jurídicos que não sejam negócios jurídicos, como o art. 147, que dispõe sobre dolo, o art. 191, que se refere à prescrição, o art. 212, que trata de prova.

Aliás, o próprio Livro III do Código Civil tem como título “Dos Fatos Jurídicos”.

A consequência mais importante dos negócios jurídicos é a obrigação. E, nesse particular, houve o novel Código Civil de acolher grande mudança, com ainda mais relevo. Ele enveredou pela unificação do direito das obrigações. Ainda que isso não representasse, bem dizer, uma novidade, pois, como visto no capítulo 2, o Código Comercial já fazia remissão, no seu art. 121, à aplicação das regras do Código Civil aos contratos comerciais. Essa atitude do Código Civil de 2002 colocou uma pá de cal sobre o assunto.

Assim, o Código Civil se tornou o diploma de regência das obrigações de direito privado. E mais. Logo em seguida ao Livro dos Direitos das Obrigações, o Código trata do Direito de Empresa, fato também novo no Brasil.

Essa nomenclatura definitivamente não é feliz. Isso porque o Livro II da Parte Especial do Código Civil não foi concebido para tratar exclusivamente de empresa. Ele foi elaborado para disciplinar o fenômeno social caracterizado pela prática reiterada de negócios jurídicos interdependentes, que são celebrados de forma organizada, estável e com finalidade comum, por um mesmo sujeito. Seria a atividade desempenhada por aquela pessoa – física ou jurídica – que se dedica ao exercício de uma atividade econômica, seja uma atividade empresária ou não. As palavras de Sylvio Marcondes, autor dessa parte do anteprojeto do aventado Código Civil, deixam essa concepção muito clara, bastando-as por si só, prescindindo de maiores esclarecimentos:

Ora, não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, é certo que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o *exercício* coordenado *dos atos*, o transubstancia *em atividade*. E,

assim como, partindo do conceito de negócio jurídico, o anteprojeto parcial erige um sistema de atos, cabe assentar-se, no anteprojeto geral, os postulados normativos do exercício da atividade. *Atos negociais* e, portanto, *atividade negocial*. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.<sup>32</sup>

*Atividade negocial*. Este era o título do Livro II da Parte Especial constante do anteprojeto elaborado pela comissão de juristas constituída, em 1969, pelos juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, Herbert Chamoun e Torquato Castro, e presidida por Miguel Reale. Durante a tramitação do projeto de lei, esse título sofreu duas alterações. Primeiro, ele foi substituído por “atividade empresarial” e, depois, por “direito de empresa”, nomenclatura com a qual ele foi aprovado e sancionado.

O título original, contudo, traduz justamente o fenômeno, que provém do direito das obrigações, mas que foi erigido a uma categoria diferenciada, sujeita a um regime legal distinto<sup>33</sup>, e que é consentâneo ao exercício de atividade econômica por uma pessoa. A rigor, tanto faz se essa atividade econômica é exercida por pessoa física ou jurídica, ou se ela é ou não uma empresa. O aventado Livro II da Parte Especial do Código Civil não trata apenas de sociedade, nem só de empresário, nem, muito menos, se restringe às sociedades empresárias. Ele trata da atividade negocial, como foi muito bem definido por Sylvio Marcondes na lição acima reproduzida. E essa atividade envolve as atividades econômicas de natureza intelectual, aquelas que não contam com organização empresarial e, evidentemente, as empresas.

---

32 MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 136.

33 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 128, 2002, p. 12.

Com razão está, assim, Luiz Gastão Barros de Paes Leães, ao afirmar que

(...) o *nomen iuris* 'atividade negocial', fixada no anteprojeto, seria de maior rigor científico, na abrangência das matérias tratadas no tópico em questão, do que a denominação 'atividade empresarial' e 'direito de empresa', que foram, por fim, sufragadas no Código, já que ali não se trata apenas do exercício da atividade profissional praticado por empresários e sociedades empresárias<sup>34</sup>.

Conquanto este estudo parta da noção de atividade negocial para traçar suas conclusões, é necessário alertar que a empresa é o principal ponto da pesquisa. Isso porque, sem desprezar as demais atividades econômicas, fato é que ela tem maior relevância para o direito comercial. Além disso, em vista de sua organização, ela se constitui em um importante instrumento para redução de custos e para o incremento das relações econômicas, contribuindo, destarte, para a eficiência dos mercados.

## **2.1. A empresa como mecanismo para a redução dos custos de transação e instrumento para ganho de eficiência.**

Com exceção dos contratos de execução imediata, no qual as prestações são satisfeitas imediata e concomitantemente, a realização de um negócio jurídico envolve riscos. Os preços podem oscilar de tal maneira que impeça a conclusão ou continuação do negócio a não ser que as bases contratuais originais sejam alteradas; existe o risco de a parte contrária não adimplir a sua obrigação ou de atrasar o seu cumprimento. Não se pode deixar de considerar o risco de uma falha humana ou tecnológica ou mesmo de fatores não previstos que, de alguma maneira, atrasem ou impeçam o cumprimento de obrigações. Há o risco legal, ou seja, aquele que decorre da inadequação do ar-

---

34 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *op. cit.*, p. 12.

cabouço legal ou regulamentar ou de falhas na formalização dos negócios, que os tornem questionáveis, inseguros ou mesmo inexecutáveis.

Conquanto a atividade negocial, que tem na celebração de negócios jurídicos uma constante, conviva diariamente com esses riscos, eles a atrapalham. Os economistas neoclássicos indicam que os agentes econômicos buscam maximizar o bem-estar, por meio de trocas que lhes sejam vantajosas. Se existe risco de essa troca não lhe proporcionar o aumento de bem-estar esperado, o indivíduo poderá não se sentir encorajado para concluir o negócio e, assim, desistir de fazê-lo. Em outras palavras, o agente econômico tem aversão ao risco<sup>35</sup>. Conseqüentemente, ele se configura em um elemento que afeta a eficiência do mercado na concepção parentiana.

O direito comercial lida com eles desde o seu nascimento. Vários institutos jurídicos surgiram justamente com a missão de reduzir, mitigar ou mesmo eliminar esses riscos. O contrato de seguro e as sociedades com sócios de responsabilidade limitada são os exemplos mais reluzentes. Não à toa economistas como Douglas North e Kenneth J. Arrow consideram que o principal papel das instituições é o de reduzir a incerteza por meio do estabelecimento de uma ordem estável, que permita a interação entre os homens.

A solução para parte desses riscos é a sua transferência negociada que ocorre no âmbito do mercado. É o caso do contrato de seguro. Em troca do recebimento de um prêmio, o segurador assume riscos que seriam do segurado. Também é o caso dos chamados derivativos. “Um derivativo constitui um contrato, ou mesmo dois contratos conexos, ou um título, cujo valor, em princípio, resulta da cota-

---

35 Otávio Yazbec conceitua aversão ao risco como “a postura que faz com que os agentes econômicos, precisando definir seus planos de atuação, optem por aqueles nos quais exista um maior grau de certeza ou, olhando a questão pelo outro lado, uma menor possibilidade de perdas” (YAZBEC, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24).

ção de tais ações, que constituem, no elíptico jargão do artigo 2º, VIII, da Lei 6.385/76, os ‘ativos financeiros’<sup>36</sup>.

Há riscos, contudo, que dificilmente poderão ser atenuados por meio de transferências negociadas no âmbito do mercado. Isso porque nem sempre o preço será uma referência exata para a tomada de decisões.

Pelo modelo neoclássico de mercado, o preço tem a função de exprimir a qualificação dada pelo mercado a determinado bem. Nem sempre, contudo, o preço reproduz perfeitamente essa avaliação. Há casos que influenciam o preço, notadamente em vista da transferência de custos por mecanismos extramercado.

As chamadas falhas de mercado são geralmente supridas pela regulação. Assim, o Estado interveria na economia por meio da instituição de tributos com finalidade extrafiscal, mediante a outorga de subvenções ou subsídios, pela edição de atos normativos de cunho regulatório e pela criação de infraestrutura.

Entre essas falhas, chama atenção os custos de transação. Estes, que configuram o preço pela adesão a instituições e suas normas, são geralmente supridos pelo controle dos fatores de produção. Isso porque eles decorrem justamente de falhas institucionais, da burocracia e, sobretudo, das assimetrias de informação. São os casos, por exemplo, dos chamados *moral hazard* ou risco moral e da seleção adversa.

O primeiro se refere à insuficiência de informação e da dificuldade de se acompanhar e de se fiscalizar a execução de contratos. O contraente pode não revelar certas informações que, ao longo da execução do contrato, podem se mostrar relevantes. Seria o caso do vendedor de um estabelecimento empresarial que deixa de comunicar ao comprador a existência de uma dívida trabalhista ou tributária

---

36 EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas.  *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 112.

que afete aquela universalidade de bens. Essa conduta, evidentemente, seria ilícita.

O segundo diz respeito às assimetrias de informação que afetam o mercado como um todo. O exemplo bem didático é aquele dado por George A. Akerlof no artigo intitulado *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970). Nesse artigo, o economista se refere ao mercado de carros usados, apontando a dificuldade dos compradores para aferir as reais condições em que se encontram o bem, ou seja, se o automóvel está um bom estado ou se apresentam defeitos (os chamados *lemons*, gíria norte-americana que designa os carros usados em más condições). Em vista dessa dificuldade, os compradores não aceitariam pagar um preço mais alto por aqueles bens. Conseqüentemente, os proprietários de carros em boas condições ficariam desencorajados a vender seus bens enquanto tal, pois receberiam um preço inferior. Eles seriam, assim afetados pela assimetria de informação, que dificultaria a tarefa de distinguir os carros em bom estado dos que assim não se encontram.

A empresa – como organização dos fatores de produção – teria o papel de eliminar ou reduzir esses custos de transação. Isso porque o empresário, ao controlar todos os recursos para a produção, deixaria de buscar bens no mercado, evitando negociações que gerassem os referidos custos de transação. O empresário está livre para organizar os fatores de produção da maneira como melhor lhe aprouver. Ele pode, por exemplo, licenciar uma marca, patentear um produto, contratar a sua produção a terceiro. Veja o caso da indústria da moda. Não é incomum se encontrar grandes empresários desse ramo, que não possuem tecelagem nem confecção próprios. Eles possuem a marca e definem o design e o padrão de seus produtos. Contudo, eles encomendam os tecidos e a confecção das peças a outros empresários. Assim também o fazem quanto à distribuição dos produtos, que pode ficar a cargo de distribuidores, agentes e franqueados.

A corrupção, assim como os custos de transação e os custos sociais, deturpa as relações econômicas havidas na sociedade. Ele

subverte a lógica de que o preço é o principal referencial da tomada de decisões. Estas são tomadas considerando as vantagens indevidas que são oferecidas ou prometidas.

A corrupção atinge em cheio à atividade negocial, pois, além de causar o enriquecimento sem causa, retiram as chances daqueles que, por esforço próprio, auferem condições melhores para negociar, mas, ainda assim, são preteridos por essa forma abominável de relacionamento.

### **3. Os danos à atividade negocial gerado pela corrupção e a sua reparação.**

Chegado o momento de apreciar o dano que a corrupção causa à atividade negocial e como se dá a sua reparação. O objetivo não é o de analisar conceitos sedimentados, mas sim verificar quais direitos são violados pela corrupção e levantar hipóteses relacionadas à reparação dos danos causados à atividade negocial, em especial à empresa, em virtude da corrupção.

A humanidade precisa de um sistema de cooperação, pois ninguém é autossuficiente. Essa cooperação se dá, em grande parte, em ambientes denominados mercados. As trocas entre os inúmeros agentes de mercado só são viabilizadas, porque existem regras claras que tornam as relações jurídicas havidas seguras. O mercado, como uma instituição, possui um ordenamento próprio, que prevê direitos e impõe deveres a todos que dele participam.

Há um custo para que o indivíduo participe do mercado. Ele é justamente o de cumprir com os deveres previstos no ordenamento do mercado. Trata-se de custo que não foi considerado pela teoria econômica neoclássica. Esta se baseava em um modelo segundo o qual os custos de produção de um determinado bem e os benefícios decorrentes de sua negociação caberiam ao produtor ou vendedor, enquanto que os custos para a aquisição do bem seriam de quem o



adquirisse. Esses seriam os limites da relação de mercado. No entanto, além dos já referidos, existem, como visto, outros custos que o indivíduo tem de incorrer para participar do mercado. Ademais, determinadas situações geram custos ou benefícios que transcendem os aventados limites, afetando terceiros, sem que para esses novos custos se tenha estabelecido preços, de modo que a sua circulação seria, assim, externa ao mercado<sup>37</sup>.

A rigor, os agentes – que pagam os custos acima mencionados para participarem do mercado – concorrem livremente pelas oportunidades de negócio. O sucesso da participação do agente econômico, a depender das condições e circunstâncias do mercado, estará diretamente ligado a sua habilidade, experiência, conhecimento e a outros predicados pessoais, notadamente o de organizar os fatores de produção de tal ordem, que permita-lhe obter um produto atraente ou, no dito popular, “bom, bonito e barato”.

A corrupção desvirtua tudo isso. As oportunidades de negócio, por meio dela, não são alcançadas com base no mérito empresarial, mas sim pela promessa ou pelo pagamento de vantagem indevida, que não integra o custo direto ou o preço do produto. Não há concorrência livre e leal e o produto do negócio não reflete as condições de mercado.

Nota-se que a corrupção afeta o mercado. Ela destrói o sistema de preços; retira as chances de se obter uma oportunidade legítima de negócio; atinge em cheio a atividade empresarial.

### **3.1. A repressão à corrupção pelo Direito.**

A corrupção, como visto, viola direitos e interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. O mercado, a livre-concorrência, a lealdade, a boa-fé são gravemente afetados por esse tipo de conduta. Tanto que o direito a reprime.

---

37 YAZBEC, Otávio, *op. cit.*, p. 47.

O direito penal, por exemplo, tipifica como crime de corrupção passiva a conduta de “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora de função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” (CP, art. 317). Ele também considera delito a figura da corrupção ativa, que seria praticada por quem “[o]ferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

Esses são crimes que atentam contra a Administração Pública. A corrupção, entretanto, não ocorre apenas nessa seara. Ela também pode ser configurada na esfera privada. Assim, a Lei de Propriedade Industrial afirma que comete crime de concorrência desleal quem “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador” (Lei nº 9.279/96, art. 195, X).

O direito do trabalho autoriza a resolução do contrato de trabalho, por justa causa, quando o empregado pratica “ato de improbidade” (CLT, art. 482, “a”) ou realiza “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” (CLT, art. 482, “c”).

No plano do direito administrativo, considera-se ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública, notadamente: (i) “receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”; (ii) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou

a contratação de serviços” pelas entidades da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de pessoa jurídica incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, “por preço superior ao valor de mercado”; (iii) “perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado”; (iv) utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição das entidades já mencionadas, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por elas; (v) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; (vi) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos” a qualquer daquelas entidades acima referidas; (vii) “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”; (viii) “aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade”; (ix) “perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza”; e (x) “receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado” (Lei nº 8.429/92, art. 9º).

A Lei nº 8.429/92 prevê ainda, como atos de improbidade administrativa que causam prejuízos ao Erário, “permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das aventadas entidades, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado”; “permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado”; “permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”, entre outras condutas (art. 10). Ela também afirma constituir ato de improbidade administrativa conduta que atente contra os princípios da administração pública (Lei nº 8.249/92, art. 11).

A Lei de Improbidade Administrativa disciplina, ainda, as sanções administrativas e a reparação civil do dano, que deve ser integral (art. 12).

Recentemente, foi editada a Lei Anticorrupção<sup>38</sup>, que disciplina a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. O art. 5º dessa lei apresenta rol de condutas, que constituiriam “atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira”. São elas: (i) “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”; (ii) “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos” previstos naquela Lei; (iii) “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”; (iv) “no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de

---

38 Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; DINIS DO NASCIMENTO, Melillo. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Rio de Janeiro: Forum, 2014, *passim*. BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forum, 2014, *passim*. PETRELLUZZI, Marco Vinício; RISEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou, g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”; (v) “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

A responsabilidade por essas condutas é objetiva (Lei nº 12.846, art. 1º e 2º). As sanções administrativas aplicadas a esses casos são multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (art. 6º, I) e publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II). Elas podem ser aplicadas cumulativamente, devendo respeitar o princípio da proporcionalidade em vista da gravidade do caso (art. 6º, § 1º). A decisão que as aplicar deve ser suficientemente fundamentada. A punição administrativa do ofensor não lhe retira a obrigação de reparar integralmente o dano (art. 6º, § 3º).

Além das punições administrativas, os entes de federação e o Ministério Público poderão demandar judicialmente aplicação das seguintes penas aos ofensores: (i) “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”; (ii) “suspensão ou interdição parcial de suas atividades”; (iii) “dissolução compulsória da pessoa jurídica”; (iv) “proibição

de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (art. 19).

A prática de corrupção pode ainda configurar infração à ordem econômica<sup>39</sup>, desde que o ato tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”; (ii) “dominar mercado relevante de bens ou serviços”; (iii) “aumentar arbitrariamente os lucros”; e (iv) “exercer de forma abusiva posição dominante” (Lei nº 12.529/2011, art. 36). Se configurada, a infração à ordem econômica pode dar azo à aplicação das sanções administrativas previstas nos artigos 37 a 44 da Lei Antitruste, assim como à responsabilização civil do ofensor pelos danos suportados pelos demais agentes de mercado (Lei nº 12.529/2011, art. 47).

Nota-se, portanto, que o Direito reconhece que a prática de corrupção afeta a sociedade de várias formas. Essa conduta pode ser devastadora, gerando prejuízos das mais variadas ordens e afetando interesses legítimos de diversos matizes.

### **3.2. A reparação do dano provocado à atividade negocial por ato de corrupção.**

A corrupção é um mau que assola a sociedade moderna. Seus efeitos não são sentidos apenas no âmbito do poder público. O mer-

---

39 Sobre as infrações à ordem econômica, *cf.* FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, *passim*; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*; PROENÇA, João Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001, *passim*; LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, *passim*; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, *passim*; VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, *passim*.

cado e a vida privada são tão ou mais atingidos por esses atos espúrios. Ela macula direitos e interesses legítimos, que recebem a tutela do sistema jurídico. Entre esses direitos está o de exercer atividade negocial, na qual se enquadra a exploração de empresa.

Não existe, todavia, uma norma específica que trate dos danos causados pela corrupção às atividades negociais. Além disso, a teoria da responsabilidade civil, que preceitua tanto o inadimplemento de uma obrigação, quanto o descumprimento de um dever legal, foi edificada sobre os fundamentos da teoria neoclássica. Ela também não considerou, especificamente no tocante à reparação dos danos, a questão dos custos de transação e dos custos sociais, que são alguns dos custos incorridos pelos empresários para estarem no mercado.

A omissão quanto a esses pontos reverbera nas relações negociais. A concepção neoclássica entra em choque com a visão pós-moderna da sociedade, com a tutela da livre iniciativa, da livre concorrência e da empresa. Torna-se necessário o lançamento de outras luzes sobre essa questão.

A responsabilidade civil guarda respostas e soluções para esse problema. Isso será visto nos próximos tópicos.

### **3.2.1. O conceito de dano material.**

Dano, como anota Agostinho Alvim, é a lesão do patrimônio<sup>40</sup>, sendo que esse é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Ele deve ser avaliado subjetivamente. Não à toa, o coautor do Código Civil, responsável pelo Livro do Direito das Obrigações, prefere a expressão “danos e interesses” à “perdas e danos”<sup>41</sup>. Isso porque perda e dano tem o mesmo significa-

---

40 ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e das suas Consequência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 172.

41 *Ibidem*, p. 175.

do, ao passo que a palavra interesse, tal como ocorre com a expressão francesa *dommages et intérêts*, traduz a subjetividade do dano. No entanto, o citado jurista conformou-se ao costume já arraigado e manteve aquela expressão no anteprojeto que foi aprovado com essa mesma expressão, que hoje figura no Código Civil de 2002.

Para apuração do dano material, adota-se o princípio da diferença, segundo o qual o dano é estimado pela redução do patrimônio da vítima. Esse princípio não traduz apenas uma perda imediata. Ou seja, não basta uma simples conta de subtração entre o valor do patrimônio original e o que restou após a ocorrência do dano para se apurar o valor da reparação. Devem ser considerados também aqueles lucros que, conquanto ainda não integrassem o patrimônio, a vítima tinha como justa a expectativa de receber, isto é, não devem ser computados apenas o lucro que se estancou, como, por exemplo, o que alguém normalmente obtinha, em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de descumprimento de dever legal ou de inexecução de obrigação por parte de outrem. Lucro cessante é isso, mas também é aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes<sup>42</sup>.

Dispõe o Código que “[a]inda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (art. 403).

É fato, assim, que o dano deve compreender apenas os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Advirta-se que, uma vez demonstrada essa relação de causa e efeito, a reparação há de ser completa, integral. Ela deverá compreender todo o prejuízo arcado. Em outras palavras, não é a extensão do dano que se submete àquela relação de causa e efeito com o ato que o ocasionou. Uma vez causado o dano, a reparação deverá ser total.

---

42 *Ibidem*, p. 174.



A extensão da reparação encontra limite na repercussão que o dano teve no patrimônio da vítima. O causador do dano não está obrigado a indenizar nada mais do que a perda efetivamente experimentada e apurada segundo o princípio da diferença. Tanto assim, que o referido art. 403 do Código Civil diz textualmente que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Logo, não há espaço para indenização de caráter punitivo<sup>43</sup>. Confirma essa assertiva, o parágrafo único do art. 944, que autoriza apenas a redução da indenização e não a sua majoração, em casos onde houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Pode ocorrer de haver indenização sem dano. Isso se dá em casos, nos quais a lei dispensa a prova quanto à perda. Ou seja, quando o prejuízo é estimado previamente. São casos tais: a cláusula penal (CC, artigos 408 a 416) e os juros moratórios (CC, artigos 406 e 407).

Ainda que a vítima não experimente um dano efetivo, a indenização pelo descumprimento total ou parcial da obrigação será devida. Se a cláusula penal for estipulada para o caso de inadimplemento absoluto, poderá ser convertida em indenização em benefício do credor, que, assim, não poderá exigir o cumprimento da obrigação (CC, art. 410). Contudo, se ela se referir à mora ou em segurança especial de outra cláusula determinada, o credor terá a faculdade de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal (CC, art. 411).

Da mesma forma, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, são pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo de pena convencional (CC, art. 404).

O Código Civil procurou dar o máximo de efetividade ao prin-

---

43 Com exceção do dano moral.

cípio da reparação do dano. Ao contrário do diploma anterior, que não admitia a discussão sobre o valor de indenizações já preestabelecidas, como eram os casos dos juros moratórios e da cláusula penal, o atual permite indenização suplementar, quando preenchidos os requisitos para tal.

O art. 1.061 do Código Civil de 1916 dispunha que “[a]s perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros da mora e custas, sem prejuízo da pena convencional”. Ele nada referia para o caso de os juros moratórios não cobrirem integralmente o dano. Agostinho Alvim considerava essa regra injusta. Logo, o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de, “[p]rovado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

O mesmo se dá com a cláusula penal. O art. 927 do Código Civil estabelecia uma limitação para ela, qual seja, a de que o valor da multa não poderia ser superior ao da obrigação principal. Todavia, ele não previa o pagamento de indenização suplementar para a hipótese de a cominação prevista na cláusula penal ser inferior ao dano. Isto também foi superado pelo Código Civil em vigor, que, conquanto tenha mantido a limitação acerca do valor da cominação nela imposta – que não pode exceder ao da obrigação principal –, admite o pagamento de indenização suplementar, desde que as partes tenham assim convencionado. Neste caso, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo (CC, art. 416, parágrafo único).

Caso análogo ocorre com a indenização pela edição não autorizada de obra literária, artística, científica e também de programa de computador. O parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98 prevê que “[n]ão se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 3.000 (três mil) exemplares, além dos apreendidos”. Não obstante a redação clara dessa norma, que trata apenas de valor presumido de indenização, no caso de não ser possível quantificar o número de exemplares edi-

tados fraudulentamente, o Superior Tribunal de Justiça vem se valendo dela para arbitrar indenização em múltiplo do número de licenças de programas de computador indevidamente cedidas ou comercializadas, o que, a toda evidência, caracteriza uma indenização punitiva<sup>44</sup>. Essa interpretação revela-se equivocada, pois não encontra amparo na lei. Melhor teria feito se decidisse por aplicar o art. 102 da referida Lei em sua inteireza e, assim, estendesse a indenização, de modo a alcançar danos incorridos, mas que não integraram seu cálculo.

Para a hipótese aventada neste estudo, é necessário considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a princípio nuclear de seu sistema a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Donde se pressupõe que ela assegura a autonomia e a capacidade de autodeterminação das pessoas, observados os limites legais. Ela protege, assim, o direito de a pessoa procurar maximizar seu bem-estar.

Isso pode ser feito pela sua participação no mercado, até porque este é, sobretudo numa economia capitalista, o caminho que ordinariamente os indivíduos tomam para alcançar esse desiderato. Não é de se estranhar, assim, que a Constituição também tutele a livre iniciativa (art. 170, *caput*), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), a propriedade privada (art. 5º, XXII c/c art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV). Esses são institutos que remetem ao sistema liberal neoclássico do mercado. Sem embargo, a Constituição não os prevê despidos de uma complementação necessária, pois faz alusão a valores da pós-modernidade. Fala-se, assim, em função social da propriedade, em defesa do consumidor, em proteção do meio ambiente e em redução de desigualdades.

O ordenamento jurídico não só reconhece a empresa como

---

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 1.127.220/SP. Terceira Turma. Recorrente: Rede Brasileira de Educação a Distância S/C LTDA. Recorrido: Centro de Estratégia Operacional Propaganda e Publicidade S/C LTDA. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 19 ago. 2010. Publicado em: 19 out. 2010.

um fenômeno que favorece o mercado, como a tutela. Por outro lado, ele prevê, como remédio para a violação de deveres legais e descumprimento de obrigações, o direito de a vítima obter a reparação integral do dano sofrido.

Ora, se é assim, então danos causados pela prática de corrupção devem ser reparados. Não há por que o ofendido, aquele que amargou um dano emergente, ou que experimentou um empobrecimento sem causa ou que perdeu uma chance de concluir um negócio, deixar de obter uma indenização.

A seguir serão analisados os principais danos que podem compor a indenização.

### **3.2.2. Os danos emergentes.**

Danos emergentes constituem-se naquilo que efetivamente se perdeu; a diminuição atual do patrimônio<sup>45</sup>. No caso da reparação às atividades negociais, os danos emergentes devem contemplar não só os prejuízos decorrentes do inadimplemento da obrigação, mas também os custos de transação incorridos para a celebração daquele negócio, assim como aqueles necessários para demandar o cumprimento da obrigação e/ou da reparação do dano.

Em se tratando de dano causado por corrupção, há de se perquirir se a conduta prejudicou os envolvidos, ou seja, se o negócio jurídico foi concluído por um preço superior ao de mercado; se os indivíduos envolvidos no ato de corrupção provocaram alguma perda patrimonial às pessoas jurídicas envolvidas.

Esse dano, caso comprovado, deverá ser reparado integralmente. A indenização, portanto, deverá contemplar essa perda patri-

---

45 BEVILÁQUA, Clóvis *apud* ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 174.

monial. Para tanto, há de ser aplicado o aventado princípio da diferença alhures mencionado.

### **3.2.3. Os lucros cessantes.**

Lucros cessantes são aqueles que o credor tinha uma justa expectativa de receber ou, na dicção do Código Civil, o que ele razoavelmente deixou de ganhar. A grande dificuldade de se apurar os lucros cessantes é quanto à prova. Como se demonstrar que o credor teria uma justa expectativa de lucro a merecer a tutela do direito? Um caso envolvendo falha de mercado parece bastante emblemático. Imagine um agente de mercado que vai à falência, em virtude de prática ofensiva à livre-concorrência, como, por exemplo, a prática de corrupção, que o impede de ter acesso a mercado valioso.

O ofensor deve indenizar não apenas os danos emergentes, que, nesse caso, seria o valor do capital investido, sobretudo aqueles ativos que não poderão ser recuperados, como os chamados *sunk costs*<sup>46</sup> (custos irrecuperáveis), e também os lucros que o falido teria se ele tivesse conseguido participar do mercado em condições normais de livre-concorrência. Trata-se, obviamente, de caso de enriquecimento ilícito do infrator da ordem econômica, que impõe à vítima uma limitação de crescimento do seu patrimônio. O infrator, então, deve ser condenado a pagar indenização que corresponda aos lucros obtidos em excesso, por apropriação dos demais concorrentes.

Para tanto, não se deve tomar como parâmetro o modelo de concorrência perfeita, visto que este é quase uma utopia. É possível

---

<sup>46</sup> *Sunk costs* (custos afundados) são recursos empregados na construção de ativos que, uma vez realizados, não podem ser recuperados em qualquer grau significativo. Em termos econômicos, o custo de oportunidade desses recursos, uma vez empregados, é próximo de zero. Os *sunk costs* são considerados barreiras para entrada em mercados relevantes, conceito muito utilizado do direito da concorrência.

se estabelecer um parâmetro próximo da realidade de um mercado que funcionasse sem condutas abusivas.

### **3.2.4. A perda de uma chance.**

A doutrina francesa da *perte d'une chance* (perda de uma chance) vem se sedimentando no Brasil. Agostinho Alvim já tratava, na sua obra *Da Inexecução das Obrigações e das suas Consequências*, da possibilidade de se vindicar reparação pela perda de uma chance causada por outrem. Tratou o jurista da responsabilidade do advogado que deixa de interpor recurso tempestivamente e, com isso, faz com o que o seu cliente perca a chance de obter julgamento em outra instância<sup>47</sup>. Outros autores também se referiram à responsabilidade pela perda de uma chance, como Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem “[a] perda de uma chance ocorre quando o causador de um dano por ato ilícito, com o seu ato, interrompeu um processo que poderia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo”<sup>48</sup>.

Os tribunais brasileiros passaram a aceitar essa teoria mais recentemente. O caso mais rumoroso provavelmente foi aquele decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 788.459/BA. Tratou-se do caso conhecido como “Show do Milhão”, que era o nome de um programa de televisão, no qual os participantes concorriam a prêmios, caso respondessem corretamente às perguntas formuladas. O prêmio máximo era de um R\$ 1 milhão.

Nesse caso, uma participante do programa conseguiu chegar à última pergunta, cuja resposta, se dada corretamente, lhe garantiria o prêmio máximo. Sucede que nenhuma das alternativas de respostas

---

47 ALVIM, Agostinho, *op. cit.*, p. 297.

48 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1989, v. II, p. 375.

disponibilizadas pelo programa responderia corretamente à pergunta. Como a autora desistiu de responder à pergunta, justamente porque não encontrou, entre as alternativas disponibilizadas, a resposta certa, ela demandou judicialmente o pagamento do prêmio máximo.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a autora fazia jus ao recebimento de indenização pela perda da chance de receber o prêmio máximo e condenou o titular do aventado programa de televisão a indenizá-la pelo que razoavelmente deixou de lucrar. Confira-se a ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.<sup>49</sup>

A partir das lições da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais, foi editado, na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o enunciado 443, que trata da responsabilidade pela perda da chance, e que possui a seguinte redação:

Art. 997. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A

---

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Recurso Especial nº 788.459/BA. Quarta Turma. Relator: Min.Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 8 nov. 2005. Data de Publicação: 13 mar. 2006.

chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Portanto, quando alguém deixa de ter uma oportunidade real, atual e séria por culpa de terceiro, essa pessoa pode requerer a reparação desse dano. No caso da corrupção, como visto acima, um agente de mercado consegue fechar negócio, não porque foi mais eficiente, porque apresentou condições melhores, mas sim porque ofereceu ou aceitou dar uma vantagem indevida. Com essa atitude, esse agente retirou a chance dos demais integrantes daquele mercado de concluir aquele negócio de maneira lícita e legítima. Isso, a toda evidência, autorizaria a responsabilização dos envolvidos no ato de corrupção pela perda da chance experimentada pelos demais concorrentes de determinado mercado relevante.

Obviamente, para que surja o dever de reparar esse dano, há de ser comprovado a prática do ato ilícito, ou seja, que o negócio somente foi concluído em vistada prestação de vantagem indevida e que os demais concorrentes tinham chances sérias, atuais e reais de fecharem aquele negócio, mas que isso só não aconteceu, porque o concorrente se valeu desse expediente desleal para lograr o lucro fruto daquele negócio.

Conseqüentemente, a teoria da perda de uma chance se traduz em meio para resolução de lides, que envolvam o ressarcimento de concorrentes preteridos em negócio jurídico pela prática de corrupção.

## **Conclusão.**

A corrupção é um comportamento degradante, que tem repercussão em várias ciências humanas. A Ética, a Moral, a Economia e o Direito percebem seus efeitos nefastos e contra eles reagem.

No tocante ao Direito, a corrupção implica violação a princípios caros, tanto da Administração Pública, quanto da Ordem Econô-



mica. Não só a moralidade e a eficiência administrativos são tocados pela corrupção; a livre-concorrência sofre consequências drásticas pelas mãos corruptas.

A Lei Anticorrupção atentou para o problema da corrupção no plano da Administração Pública. Foi um avanço, mas é preciso que esse problema seja enfrentado por todos os seus prismas.

Um ato de corrupção – ainda que ele não envolva o dispêndio de dinheiro público – deve também ser notificado à autoridade competente e investigado. Não se pode tratar a corrupção nas atividades privadas como algo menor ou sem importância. Como visto, a corrupção inverte a lógica do mercado. Ela afeta o interesse difuso de proteção do mercado, razão por que ela deve receber uma atenção especial.

A responsabilidade civil pode ser um excelente meio de prevenir e reparar os danos advindos da corrupção. Institutos como o enriquecimento sem causa e a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance lançam-se como importantes mecanismos para remediar os efeitos danosos dessa conduta espúria.

