EDIÇÕES ESPECIAIS

REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

DOUTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO EMPRESARIAL

Volume I

TEORIA GERAL DA EMPRESA

- INTRODUÇÃO
- RELAÇÕES DA EMPRESA COM A ECONOMIA
- REGIME JURÍDICO DO CC E DO CDC
- PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL

ARNOLDO WALD
Organizador

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

4

DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL. FORMAÇÃO HISTÓRICA E TENDÊNCIAS DO DIREITO BRASILEIRO

BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM

Especialista em Direito Internacional. Mestrando em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Civil e de Direito Econômico do Centro Universitário Ritter dos Reis –RS. Professor convidado do Curso de Pós-Graduação em Regulação dos Serviços Públicos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado em Porto Alegre – RS.

Revista de Direito Privado • RDPriv 25/2004 • jan.-mar./2004

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Formação histórica do direito comercial - 3. Antecedentes históricos do direito comercial brasileiro - 4. A independência e a elaboração do Código Comercial: 4.1 Sistema do Código Comercial; 4.2 As leis comerciais até 1890 - 5. O Dec. 917 e a legislação comercial extravagante - 6. Tentativas de reforma do Código Comercial - 7. Evolução e perspectivas da unificação do direito privado - 8. O direito empresarial e o novo Código Civil - 9. As tendências atuais do direito empresarial: 9.1 Flexibilização; 9.2 Internacionalização; 9.3 Desmaterialização; 9.4 Reforço da confiança.

1. Introdução

O estudo da evolução histórica dos diferentes ramos da ciência jurídica é muitas vezes menosprezado, sob a falsa impressão de que tais conhecimentos, longe de serem indispensáveis ao exercício da atividade jurídica, constituem traços culturais adjetivos, ornamentos do conhecimento prático elementar necessário ao desempenho profissional. A origem dos institutos mais vale como capítulo a desconsiderar, seja pela aparente impossibilidade de utilização deste conhecimento, ou mesmo pelos obstáculos a desbravar no contato com estilos de linguagem e terminologias antigos. Neste contexto, impossível desconsiderar uma certa

sensação de inutilidade do esforço a empreender, em face da revogação ou obsolescência de boa parte dos conteúdos examinados.

Tais considerações, válidas, por certo, para vários profissionais das carreiras jurídicas, não cabem ao verdadeiro cultor da ciência jurídica. Mais do que mero acúmulo de dados e ocorrências, penetrar sob as arcadas da história do direito significa descortinar a origem das *modernidades* atuais. Mais do que isso, trata-se de um ato de coragem investigar sob o manto das leis e dos Códigos, a sua origem arcaica, que o tempo teve o condão de amadurecer e forjar a conformação dos institutos jurídicos na atualidade.

No caso do direito comercial, dasafiar o gosto pela pesquisa histórica assume caráter ainda mais complexo. Convencer da importância de conhecimentos distantes perante o dinamismo da economia e do tráfico comercial atual, soa aparentemente irrazoável. Inúmeras razões levam a crer, entretanto, que um eventual desestímulo mais diz com o equívoco da abordagem do tema, do que com seu o conteúdo. Ademais porque não se pode pretender observar o passado com a compreensão atual dos fenômenos da vida e do direito. Os que construíram aquelas verdades, o fizeram a partir das suas experiências de então. É tremenda a desigualdade do juízo que desconsidera a notória vantagem do observador moderno.

Da mesma forma, se há de reconhecer que nada existe senão a partir de uma origem. Esta desnaturada ou não, diz com a identidade do que se conhece agora. Trilha um caminho repleto de influências de toda ordem, denunciando uma gênese elementar que se projeta no tempo. Daí a importância da evolução histórica do direito comercial brasileiro que ora se pretende indicar, para compreensão do estágio atual e suas tendências para o futuro.

2. Formação histórica do direito comercial

Não é errado dizer que o direito comercial é tão antigo quanto o próprio comércio. Mais do que isso, é contemporâneo das primeiras relações interpessoais pacíficas da história, a partir das quais necessidades individuais determinaram a busca de sua satisfação e a consciência de que isoladamente os seres humanos não tinham como alcançá-la. Há este tempo já se fazia necessário a elaboração de normas de conduta que viabilizassem um sistema rudimentar de intercâmbio de bens, a fim de satisfazer as necessidades das pessoas.

É possível identificar ao longo da história, um sem número de povos que tendiam à prática do comércio, desde os fenícios da Antigüidade, passando pelas civilizações grega e romana até chegarmos à Idade Média,

quando uma Europa castigada pela miséria econômica inicia um processo de dinamização de suas relações de produção e descobre no comércio uma atividade legítima para aquisição, acumulação, conservação e multiplicação de riquezas.[1] Neste ambiente pode se dizer que nasce o direito comercial originário dos modernos institutos de hoje.

O direito comercial nasceu então para regular estas relações de comércio, inicialmente por intermédio das corporações, para em seguida expandir seu alcance no mesmo grau do desenvolvimento econômico, vindo a transformar-se em direito dos negócios, independente de maiores formalidades.[2]

A história do direito comercial nesse sentido inicia com o predomínio da idéia de direito dos comerciantes - construindo-se um conceito eminentemente subjetivo - para em seguida assistir-se a evolução desta impressão inicial.

Evoluindo os estudos através do tempo, a sistemática exclusivamente subjetiva é influenciada pela tendência objetivista, que procura dar primazia ao exame dos *atos de comércio* como núcleo do exame da disciplina comercial. Cesare Vivante, eminente comercialista italiano, vai afirmar que tal mudança conceitual partirá de uma ficção, ao considerar

---

1. A influência cristã sobre Roma e, posteriormente sobre toda a Europa, faria o desenvolvimento do comércio enfrentar o desafio do desprezo da Igreja pela atividade mercantil - o que acaba gradativamente se desgastando, sem, todavia deixar de gerar alguns problemas. Também de referir, relativamente à evolução do direito comercial na Alemanha, a importância da recepção do direito romano como estímulo à criação jurídica em geral. No dizer de Wieacker, esta recepção impusera novos princípios jurídicos nos quais se manifesta a progressiva racionalização da vida jurídica da baixa Idade Média. Traz o exemplo do artesanato, onde o princípio da subsistência fora substituído pelo desejo de lucro - o que já fazia parte da economia urbana (p. 113). Assinala, todavia que, embora a recepção do direito romano tenha servido como estímulo à atividade criadora relativamente ao direito em geral, as criações mais características do direito comercial não se desenvolveram a partir da romanística, inclusive nos países de sistema continental (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 269).
2. A evolução terminológica culmina então, na indicação, já na segunda metade do século vinte, do *direito empresarial*, conceito que assume, todavia um significado notadamente mais amplo, que trataremos adiante, referindo não apenas à prática comercial propriamente dita, mas à generalidade das matérias jurídicas que dizem com a atividade empresarial. No Brasil, veja-se: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 1.º vol., p. 7.

comerciante qualquer um que pratique atos de comércio, ou seja, atos que denotem o exercício da atividade mercantil.[3]

Atualmente, observa-se a retomada do antigo conceito subjetivo, vinculando-o ao conceito objetivo e estabelecendo o direito comercial moderno como o que regula as relações jurídico-privadas no exercício das suas atividade típicas.[4]

As origens dos institutos do direito comercial se prendem, todavia, a diversas matrizes. Quanto à disciplina dos títulos de crédito, sua origem é identificada nas necessidades práticas dadas pelo tráfico monetário das cidades lombardas. Em relação às obrigações comerciais, o comércio entre as longínquas regiões de Flandres, Champanha, Alemanha Central e outras feiras européias.[5]

O renascimento das cidades italianas após a desagregação do império de Carlos Magno e a independência de diversas repúblicas contribuiu, igualmente, de forma ímpar com a prosperidade comercial daquela região. Nota-se então, a propagação do comércio ao longo das margens do Mar Mediterrâneo, tornando cidades como Amalfi, Veneza, Gênova, Pisa e Florença em importantes empórios comerciais, que aproveitavam as cruzadas cristãs para estender este comércio aos povos do Oriente. Destas cidades italianas surge a pioneira regulamentação comercial européia, de que é exemplo a *tabla amalfitana*, em Amalfi, o *Constitutum usus* e o *Breve curiae maris*, de Pisa, que vieram a colecionar os costumes mercantis da cidade reunidos no *Breve consulum maris*. Em Veneza, principal entreposto do comércio marítimo, surge o *capitulare nauticum*. E em Gênova, o mais importante tribunal de

3. VIVANTE, Cesare. *Tratado de derecho mercantil*. Madrid, 1932. vol. 1. p. 6.

4. Carvalho de Mendonça, à época em que escreveu seu *Tratado*, já noticiava a opinião de Manara, sobre período anterior mesmo à colonização, para quem os elementos objetivo e subjetivo "não se concebiam um absolutamente distinto do outro; consideravam-se sempre reunidos, mas o elemento subjetivo não era muitas vezes mais do que um pressuposto ideal. A fusão dos dois elementos, em começo completa em todos os atos de comércio, em muitos se torna mais teórica e ideal do que efetiva. De fato era o elemento objetivo que imprimia a muitos atos o caráter comercial, desde que, em última análise, sobre a qualidade do ato se fixava a ficção de ser o comerciante o autor" (MANARA. *Gli atti di commercio*. n. 8. Apud, CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. vol. I, livro I, p. 60)

5. WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 269.

comércio italiano, a *Rota Genoveza*, que formou o primeiro corpo de decisões (jurisprudência) da época.[6]

Nestas cidades, assim como por toda Europa, elemento fundamental da atividade comercial naquele tempo eram as denominadas *corporações de ofício*, associações de profissionais cuja filiação era pressuposto do exercício da atividade comercial. A admissão como membro destas corporações, de sua vez, era dificultada por exigências diversas. Em primeiro lugar, o candidato a integrá-las deveria ser *aprendiz do ofício*, por período fixado no regulamento respectivo. Deste ascendia à condição de *companheiro* e daí a *artífice* propriamente dito. Esta passagem, todavia, não se dava sem desafios.[7] Estas corporações espalharam-se por toda a Europa, sendo conhecidas na Alemanha, Inglaterra, França Escandinávia e Países Baixos também como *hansas*.[8] Na França, foram então suprimidas em 1776, em nome da liberdade de iniciativa.[9]

O direito das sociedades tem seu princípio nas companhias comerciais do século XVI, espécies assemelhadas às sociedades por ações, no período que antecede à formação do capitalismo na Europa ocidental. Desde o princípio, entretanto, nota-se a característica peculiar do direito comercial, da não submissão a fronteiras políticas nacionais, uma vez que, embora identificadas diferenças entre as diversas

---

6. Cf. FERREIRA, Waldemar Martins. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Sales, Oliveira, Rocha & Cia., 1927. vol. I, p. 19 et seq.
7. Noticia Ferreira que no século XIV o companheiro deveria fazer a volta em todo o território francês - de cidade em cidade - para aperfeiçoar-se no seu ofício. Depois, deveria executar sua obra-prima (*chef-d'oeuvre*), que após submetida à apreciação dos jurados, lhe era dada a permissão para montar seu próprio estabelecimento (op. cit., p. 27).
8. A origem das *hansas* datam de fins do século XII e início do século XIII. Formadas inicialmente por algumas cidades ao longo do Báltico e alemãs mais tarde se alastrariam pela França, Espanha e Inglaterra. Eram confederações de comerciantes cujo objetivo era a promoção do comércio, livrando-se dos óbices do sistema feudal. Seu apogeu se deu no século XV, quando dominaram o Báltico e o Mar do Norte, obtendo o privilégio de comerciar com diversos Estados da Europa, chegando mesmo a incentivarem uma guerra contra o Rei da Dinamarca pela conquista de novos mercados, celebrando na assembléia de Colônia (Alemanha), o ato de confederação de 77 cidades, estabelecendo-se as contribuições de cada uma. A liga hanseática sobreviveu, então, até o século XVII, reduzindo-se no final às mesmas cidades que lhe deram origem, vindo a perder seu prestígio (DELAMARE et LE POITVIN. *Traité de droit commercial*. vol. I, p. 28. Apud CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., p. 62).
9. Op. cit., p. 27.

ordens jurídicas internas, tinham sua atividade vinculada a conexões comerciais inter-regionais.[10]

A tendência moderna do direito comercial indica uma retomada desta característica marcadamente internacional, bem como o reforço à crescente publicização dos seus conteúdos, como conseqüência da sua relação com a atividade econômica em geral e seu revestimento de interesse público, a ser defendido pelo Estado.[11] Nota-se, todavia, que esta defesa estatal, longe dos moldes com os quais atuou no passado, inspira-se em novo paradigma,[12] originário das incompatibilidades entre a tendên-

---

10. WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 269.

11. Cf. FRANCO, Vera Lúcia de Mello. *Lições de direito comercial* - Teoria geral do direito comercial. São Paulo: Maltese, 1993. p. 52-53. A respeito da intervenção estatal, contudo, a tendência de publicização, embora diga com a importância do Estado relativamente à normatização das relações que dizem com o direito comercial, tem como contraponto o fenômeno da internacionalização das relações econômicas fruto do processo que se convencionou chamar *globalização*. Daí que, se de um lado a intervenção estatal na ordem econômica surge como atividade de regulação econômica, de outro o dinamismo destas relações torna impossível uma antecipação de situações a regulamentar ou mesmo a pretensão de qualquer espécie de normatização com os prazos de validade do passado.

12. No nosso entender, o princípio da subsidiariedade vem prestar enorme contribuição na fixação dos limites entre os espaços público e privado na sociedade contemporânea. A respeito, a recente encíclica papal *Centesimus annus*, editada pelo Papa João Paulo II em 1991, que relendo a anterior encíclica *Rerum novarum* (1891), consigna: "La *Rerum novarum* se opone a la estatalización de los medios de producción, que reduciría a todo ciudadano a una 'pieza' en el engranaje de la máquina estatal. Con no menor decisión critica una concepción del Estado que deja la esfera de la economía totalmente fuera del propio campo de interés y de acción. Existe ciertamente una legítima esfera de autonomía de la actividad económica, donde no debe intervenir el Estado. A éste, sin embargo, le corresponde determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas y salvaguardar así las condiciones fundamentales de una economía libre, que presupone una cierta igualdad entre las partes, no sea que una de ellas supere talmente en poder a la otra que la pueda reducir prácticamente a esclavitud (...). Para conseguir estos fines el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro".

cia de internacionalização e as velhas pretensões do dirigismo econômico, e mesmo deficiências do sistema político-institucional.[13]

3. Antecedentes históricos do direito comercial brasileiro

No Brasil, o incremento da atividade comercial esteve vinculado de modo estreito com sua situação política, em especial, nos primórdios, às relações estabelecidas com Portugal. Durante a fase colonial da história brasileira, a dimensão do direito comercial estará vinculada, enfaticamente, à tradição jurídica portuguesa[14] e suas alterações ao longo dos anos. Quaisquer informações sobre o direito comercial neste período passam, obrigatoriamente, pelas ordenações portuguesas, parte da estrutura jurídica lusitana desde o século XV.

Primeiro, as ordenações portuguesas editadas pelo Rei Afonso V, por volta de 1447 (*afonsinas*), que tinha como sua principal matriz histórico-jurídica o direito romano do *Corpus juris civilis justinianeu*, e os *decretais* do Papa Gregório XI. Contavam ainda com a subsidiariedade do direito canônico, que assumia sua preeminência nas matérias que envolviam o cometimento de pecado, conforme determinava o Alvará de 12.09.1564.[15]

Em 1513, então, foram substituídas as antigas ordenações por uma nova iniciativa codificadora, as ordenações *manuelinas*, editadas pelo Rei D. Manuel. Estas, entretanto, em pouco modificaram as disposições da antiga legislação, mantendo-se sob a mesma inspiração romanística.

Em 1569, sob os ventos da contra-reforma católica e a influência do Concílio de Trento, o Rei Dom Sebastião editou nova compilação que reforçava princípios do direito canônico em desprestígio às ordinárias fontes romanas. Todavia, com a morte de D. Manuel e o fim da dinastia de Avis, ascende ao trono o Rei Felipe II. Este, desejoso do retorno da inspiração do direito romano sobre Portugal, edita em 1603 suas ordenações, as

---

13. Sobre a experiência político-jurídica brasileira, o clássico de Antônio Paim. *A querela do estatismo*. Brasília: Senado Federal, 1998.

14. Como de resto o direito positivo em geral, do que Trigo de Loureiro vai notar como necessidade interpretativa das leis brasileiras a consideração da herança lusitana e sua influência (LOUREIRO, Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. 4. ed. vol. 1, § XLVI. Apud CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 50).

15. Cf. MERÊA, M. *Resumo das lições de história do direito português*. p. 115 et seq. Apud RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. vol. 1, p. 105.

ordenações *filipinas*, que reconfirmadas pela Lei de 12.08.1643,[16] vigeriam no Brasil até após a independência política de 1822. Nestas ordenações, referia-se a matéria propriamente comercial nos Livros III e IV, tratando-se, respectivamente, de direito processual e material, civil e comercial.[17]

O direito positivo vigente no período colonial permaneceu praticamente sem alterações após a codificação filipina. Todavia, a atividade de interpretação e integração das normas sofreu substanciais alterações ao longo do tempo, muito por conta da Lei de 18.08.1769, designada *Lei da Boa Razão*. Teve este diploma o condão de autorizar a invocação subsidiária de normas de direito estrangeiro das nações "de boa, depurada e sã jurisprudência". Esta lei, que de resto operou importante evolução do direito em geral, em relação à disciplina comercial, tem marcada importância, uma vez que torna possível a influência direta do Código de Comércio francês de 1807 e, mais tarde, das codificações espanhola (1829) e portuguesa (1833), lançando os sedimentos à construção do direito comercial pátrio.[18]

Sobre a codificação portuguesa de 1833, aliás, de se notar a enorme contribuição de Ferreira Borges - conforme assinala Almeida Costa, para quem o ilustre comercialista contribui de modo definitivo no direito luso para a superação da concepção de direito comercial como direito de profissionais, em prol de uma concepção objetiva, favorecida a partir do advento da Revolução Francesa.[19]

Entretanto, em que pese a confessada inspiração da codificação portuguesa no direito comparado, especialmente nos Códigos francês e espanhol, e no projeto do Código italiano, notou-se uma certa complexidade nas definições e qualificações que estabeleceu, fruto do que se reconhece como um apego exagerado ao direito anterior.[20]

De outra parte, o Código português de 1833, do mesmo modo, foi vítima daquele que é o grande paradoxo do direito comercial, qual seja o fato de o direito vocacionado ao desenvolvimento da atividade mercantil,

---

16. Após a reconquista da independência de Portugal em relação à Espanha, com o fim da União Ibérica (1640).
17. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 37.
18. Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso...*, cit., p. 15.
19. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 422.
20. Idem, p. 423.

em regra, tornar-se obsoleto ou lacunoso por conta, exatamente, do progresso da atividade regulamentada, o que ele mesmo promove. Algumas décadas depois já abundavam em Portugal leis extravagantes, como a de sociedades anônimas (1867) ou de marcas e patentes (1883). Isto determinou a necessidade de elaborar-se novo Código, o que coube a Veiga Beirão, que veio a ser promulgado em 1888.

4. A independência e a elaboração do Código Comercial

O acontecimento histórico de maior repercussão na vida brasileira da primeira década do século XIX pode-se dizer, influenciou decisivamente no desenvolvimento da economia e do comércio brasileiro e, em conseqüência, o direito comercial. A vinda das Cortes portuguesas para o Brasil em 1808 - em fuga das tropas napoleônicas na Europa continental - significou benefícios de toda ordem. Politicamente, o Brasil foi elevado a Reino Unido de Portugal e Algarves, deixando sua condição legal de colônia. Sob a perspectiva econômica, significou, entre outros, a liberação do comércio marítimo por intermédio da Carta Régia de 28.01.1808 *(abertura dos portos às nações amigas)*, o fomento à atividade fabril e manufatureira, pelo Alvará de 1.º de abril, e a liberação do comércio e da indústria, do que decorre a criação da *Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação,* pelo Alvará de 23 de agosto daquele ano. Também oportunizou a criação da primeira instituição bancária nacional (o Banco do Brasil), pelo Alvará de 12 de outubro, com o intuito de "promover a indústria nacional pelo giro e combinação dos capitais isolados".[21]

Sobrevindo a independência política em 1822, o novo Império, por intermédio da Lei de 20.10.1823, determinou mantivessem as leis portuguesas vigentes em 25.04.1821 e os atos subseqüentes de D. Pedro como Regente e, após Imperador do Brasil. Observa-se, neste primeiro momento, a vigência de diplomas dos séculos XVII e XVIII relativamente à atividade comercial.[22] Na mesma época, o mais destacado dos comercialistas brasileiros, Silva Lisboa, ou Visconde do Cairú[23] - como

---

21. Finalidade expressa no próprio alvará de criação, conforme Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 76-77.

22. Como nota Carvalho de Mendonça, a recepção desta gama de normas comerciais tão díspares entre si, e separadas por longo tempo umas das outras, e todas daquele princípio do estado nacional brasileiro, acabou por fazer do direito comercial de então "envolto numa legislação pesada, sem orientação doutrinária ou pelo menos, sem lógica" (op. cit., p. 78-79).

23. Sobre o extraordinário papel deste estudioso do direito mercantil, veja-se, entre outros: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 82. BEVILÁQUA,

posteriormente seria distinguido - recebeu a tarefa de elaborar a codificação comercial brasileira.

Em 1832, saindo o país dos tumultos da abdicação de Pedro I no ano anterior, as iniciativas para redação da codificação comercial se ampliaram, sendo designada comissão de comerciantes[24] para realização da tarefa. Compreendeu o projeto a divisão da matéria em três partes, sendo a primeira relativa às pessoas do comércio (contratos e obrigações), a segunda sobre comércio marítimo e a terceira sobre as quebras. As fontes imediatas da elaboração do projeto observam-se na sua exposição de motivos, a qual indica sua inspiração, quanto à primeira parte, nas codificações francesa, espanhola e portuguesa, relacionando os motivos para o sensível afastamento em relação à legislação estrangeira nas demais partes[25]

O projeto foi então enviado à Câmara dos Deputados em agosto de 1934. Após tramitação de quase 16 anos,[26] em 25.06.1850 foi promulgado, pela Lei 556, o Código Comercial brasileiro.

Clóvis. "Evolução jurídica do Brasil no segundo reinado". *Revista Forense* 46/9. MENDES, Cândido. Prefácio à obra *Princípios de direito mercantil*. vol. 1. p. X a XVIII. Ainda sobre Cairú, entre os autores modernos, veja-se a excelente introdução de Antônio Penalves Rocha em: *Visconde do Cairú*. São Paulo: Editora 34, 2001, Coleção Formadores do Brasil. O autor, com muita propriedade, além do papel acadêmico de Cairú, dá relevo à sua dimensão política, a partir de sua obra econômica, em que utilizou "parte do seu vocabulário e aparato conceitual para legitimar as mudanças em curso no Império português depois da abertura dos portos" (p. 36). Ao mesmo tempo, assinala a importância que o livre comércio assume para Cairú como instrumento de promoção da conciliação de classes (p. 40). De interesse também, notar a posição manifestada por Cairú em 1851, sobre a natureza degradante do ser humano e ao mesmo tempo antieconômica do trabalho escravo em artigo da revista *Guanabara*, reproduzido na obra supracitada (p. 323-333). Outro grande jurista sempre citado foi Ferreira Borges a quem homenageia Carvalho de Mendonça, distinguindo os dois tratadistas pela enorme contribuição de desvincular o direito comercial do rígido sistema de direito romanístico, apresentando a doutrina italiana clássica, bem como nas contribuições do direito inglês e francês (op. cit., p. 83 et seq.).

24. Os membros da comissão eram: Antônio Paulino Limpo de Abreu (1.º presidente), José Antônio Lisboa, Inácio Ratton, Guilherme Midosi e Lourenço Westin. Posteriormente, José Clemente Pereira (2.º presidente). Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso...*, cit., p. 15.

25. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 92. Também: FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 33 et seq.

26. Neste ínterim, todavia, diversas discussões se sucederam, como bem demonstra o relatório do Ministro da Justiça, Aureliano Coutinho, em 1934, quando

4.1 Sistema do Código Comercial

O projeto aprovado em 1850 se compunha de três partes e um título único. A primeira intitulava-se Do Comércio em Geral; a segunda, Do Comércio Marítimo; a terceira, Das Quebras. O título único, que não tardou em ser modificado tratava Da Administração da Justiça nos Negócios e Causas Comerciais, subdividindo-se em dois capítulos: Dos Tribunais e Juízos Comerciais; e Da Ordem do Juízo nas Causas Comerciais.[27]

Publicado o Código, cogitou-se imediatamente da elaboração da lei adjetiva que lhe viabilizasse a boa execução. Antes mesmo da promulgação do Código, uma comissão foi designada para elaborar tal legislação, que veio então a ser o Regulamento publicado pelo Dec. 737, de 25.11.1850. Na mesma data, promulgou-se o Dec. 738, regulamentando a atividade dos tribunais de comércio e o processo de quebras.[28]

O Regulamento 737, longe de se restringir a lei de conteúdo meramente processual, introduziu preceitos que completaram a codificação, sendo considerado por Waldemar Ferreira, como "uma das melhores, senão a mais perfeita das leis brasileiras".[29] A boa técnica do referido diploma pôde ser observada com o advento da República e sua adoção como referencial para as regras processuais e de organização da justiça.[30]

Em relação ao Código Comercial, há um certo consenso em admitir na obra de 1850 um monumento legislativo, que soube aproveitar-se das contribuições jurídicas de tradição estrangeira sem descaracterizar seu caráter nacional, atendendo aos traços da realidade local.

Pelo menos um defeito, entretanto, identifica Carvalho de Mendonça. Defeito este, aliás, corroborado pelo posterior Regulamento 737. Nota o tratadista que, à justificativa de se afastar a jurisdição civil, então sujeita a um longo e demorado processo, foram designados como atos comerciais muitos atos nos quais não intervinham comerciantes - mesmo defeito já

---

este solicita especial atenção dos deputados com as questões relativas à falência, tendo em vista os abusos e fraudes que se podiam detectar já à época, conforme afirma Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 94, nota 1. Observa-se pois, que a questão do abuso e da fraude na prática falimentar conta com precedentes históricos bem marcados na tradição comercial brasileira.

27. FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 35.
28. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 100.
29. FERREIRA, Waldemar. Op. cit., p. 36.
30. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 101.

observado na codificação francesa.[31] Estas críticas devem, todavia, ser relativizadas aos olhos de hoje. Primeiro, pelo caráter pioneiro do Código Comercial em relação às demais iniciativas codificadoras, o que de certo modo tornava possível uma certa flexibilidade. Em segundo lugar, pelo paradigma subjetivista adotado pela crítica, que a torna representativa de uma tendência importante na época, mas que hoje está longe de ser aceita integralmente.

A precedência da legislação comercial em relação à civil, entretanto, foi observada pelo próprio comercialista, como razão destas imprecisões teóricas.[32] Assim, havia o anseio pela regulação de determinados fatos da vida, o que veio a ser correspondido pela inserção de certos institutos no âmbito da codificação comercial.[33]

4.2 As leis comerciais até 1890

A atividade legislativa de direito comercial, embora consagrada pela promulgação do Código em 1850, na verdade foi efetivamente inaugurada por meio de intensa produção de normas dirigidas à regulamentação das atividades do comércio. Além dos já mencionados Decretos 737 e 738, nos quarenta anos que sucederam à promulgação do Código, diversos diplomas versaram, principalmente, sobre a regulamentação da atividade dos corretores, agentes de leilão, os tribunais de comércio, as exigências em relação às concordatas, entre outros temas.

Como é tradição do direito comercial, as normas positivas muitas vezes tiveram de regular necessidades da vida econômica, como por exemplo, as primeiras normas sobre bancos e sociedades (Lei 1.083, de 22.08.1860, e diversos decretos), transferência de títulos públicos e de ações de companhias (Dec. 2.733, de 23.01.1861), e sobre o cheque (Dec. 2.694, de 17.11.1860).[34] Observa-se, do mesmo modo, um acentuado

---

31. Idem, ibidem, p. 105.
32. Segundo Carvalho de Mendonça, "era natural que, no meio da esparsa, difusa e deficiente legislação civil, ele (direito comercial) exercesse extraordinário predomínio. Com efeito, passou a reger quase todas as relações da vida civil, quanto a obrigações e contratos" (op. cit., p. 109).
33. O exemplo utilizado pelo autor é o da hipoteca, inclusive criando o Código a controversa figura da hipoteca tácita.
34. A indicação é de Carvalho de Mendonça, que comentando estas normas considera-as um desestímulo à livre iniciativa, na medida em que o Estado instituía para si série de prerrogativas especiais. Encontra-se nos dizeres de Tavares Bastos, a exata definição deste conjunto de normas, quando este diz que, com elas, o Estado praticamente estabeleceu que: "o comércio sou eu" (op. cit., p. 108-109).

número de leis tendo por condão a reforma das disposições do Código Comercial, entre as quais avulta a retirada das disposições sobre hipoteca, sempre criticadas pela falta de pertinência à disciplina comercial.[35]

Também de grande repercussão a revogação dos dispositivos do Código Comercial que faziam necessário o juízo arbitral - anteriormente estabelecido como facultativo. As razões que levaram a este posicionamento, no mais das vezes, disseram com a falta de segurança dos comerciantes em litígio, eis que sendo necessário o juízo arbitral, era de pouca valia a possibilidade de recurso judicial - para o qual necessariamente haveria de se comprovar defeito no procedimento capitaneado pelo árbitro.[36]

Digna de registro, ainda, a Lei 3.129, de 14.10.1866, que estabelecia o regime jurídico das invenções e descobertas, iniciativa pioneira de proteção da propriedade industrial no direito brasileiro.

Em relação ao direito societário, o ápice legislativo do período deve-se à Lei 3.150, de 04.11.1882. Esta Lei, que foi submetida à intensa discussão parlamentar precedente à sua aprovação,[37] e regulamentada pelo Dec. 8.821, de 30 de dezembro do mesmo ano, revogou as disposições do Código Comercial que faziam necessária a autorização estatal para a constituição e funcionamento das companhias de comércio.[38] Nesse sentido, instituiu-se

---

35. Certamente a previsão no Código Comercial da matéria hipotecária foi uma das principais razões para sua crítica. A iniciativa de sua retirada deve-se ao Senador Nabuco de Araújo, por meio da Lei 1.237, de 24.09.1864, cujo texto foi adotado, na íntegra, nos primeiros atos sobre hipoteca do governo republicano provisório.

36. Também em relação à Lei 1.350, de 14.09.1966, a iniciativa pertence à Nabuco de Araújo, que fará posteriormente, como membro do Ministério, sua regulamentação. Reestabelece, então, a faculdade da arbitragem, conforme previsto na Constituição de 1824 (art. 160). Cf. NABUCO, Joaquim. *Um estadista no Império*. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. vol. 1, p. 644.

37. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Op. cit., p. 110-111.

38. Observa-se nesta Lei a influência das disposições inglesas a respeito, sobretudo nos pontos principais, preferindo a contribuição insular a da doutrina francesa (posteriormente a Lei francesa de 23.05.1863). Assim, opta por não fixar um valor mínimo do capital social e das ações. Todavia, opta o projeto por permitir que as sociedades tivessem por objeto os seguros e operações bancárias, no que vai contrariar a lei inglesa de 1858. Outras disposições determinavam que as ações destas sociedades seriam nominativas até o pagamento integral de dois quintos do seu valor, depois do que poderiam ser negociadas. E, para a constituição definitiva da sociedade, estabelecia a necessidade de subscrição de todo o capital, estando um quinto deste efetivamente depositado.

a partir desta Lei o sistema de livre criação das sociedades anônimas, espécie mais moderna de sua formação.[39]

5. O Dec. 917 e a legislação comercial extravagante

Apesar das alterações do texto do Código Comercial, e da série de leis extravagantes que se seguiram à promulgação do diploma de 1850, o passar do tempo reclamava uma reforma mais profunda do direito comercial brasileiro, em razão dos desafios da realidade econômica brasileira da segunda metade do século XIX.

Os Decretos de 1860, como mencionamos, diziam respeito a providências em relação à emissão de títulos pelos bancos, casos de falências de instituições financeiras, sua criação e organização, assim como a regulação do mercado de títulos públicos (qualquer título que admitisse cotação).

Em 1864, por obra do Senador Nabuco de Araújo, retirou-se do Código Comercial a matéria hipotecária, que passou a ser exclusivamente civil, ainda que alguns ou todos os credores fossem comerciantes.

Já em 1866, Nabuco de Araújo apresentava seu projeto de lei para o estabelecimento de um novo processo de falências, cuja justificativa é importante documento para conferir-se o estado de ânimo geral em relação às normas de 1850 neste particular. Escreve o então Ministro da Justiça, que "há quatorze anos o nosso comércio acolheu esperançoso a legislação de 1850. O tempo, porém, veio demonstrar que não era senão ilusória a proteção que o Código prometia aos credores. Com efeito, o nosso processo das falências, lento complicado, dispendioso, importa sempre a ruína do falido e o sacrifício do credor".[40]

Neste espírito, a reforma do Código tornou-se uma questão de tempo. À mesma época, observe-se, acontecimentos da vida econômica

---

Ressalte-se, entretanto, que este projeto sofreu intensa oposição - principalmente no Conselho de Estado - o que determinou sua alteração substancial. Cf. NABUCO, Joaquim. Op. cit., p. 647.

39. Tavares Borba resume os diferentes sistemas de formação da sociedade anônima nos sistemas de *privilégio*, vigente do direito medieval ao século XVIII. Depois, o sistema de *autorização governamental* (revogado no Brasil pela Lei de 1866). Por último, o sistema de *livre criação*, no qual a formação da sociedade se submete a meras providências burocráticas junto ao Registro de Comércio (TAVARES BORBA, J. Edwaldo. *Direito societário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 104).

40. NABUCO, Joaquim. Op. cit., p. 645 et seq.

acabaram por gerar a sensação de urgência da reforma da legislação comercial.[41]

Em 1875, após diversas modificações, os tribunais do comércio são extintos. Lei 2.262/75, unificando o processo judicial civil e comercial. Em 1882, a criação de sociedades anônimas deixou de depender de autorização do Estado. Já a Lei 2.821, de 1882, e, após, o Dec. 10.165, de 1889, eliminaram a possibilidade da falência das sociedades anônimas, preferindo-lhes a figura da liquidação forçada.[42] Ainda em 1888, a Lei 3.065 admitiu figura da chamada *concordata por abandono.*

Em 24.10.1890, publica-se o Dec. 917, cujo texto fora da lavra dos comercialistas Carlos de Carvalho e Macedo Soares, e que acabou por ser recebido, num primeiro momento, como importante instrumento de flexibilização do instituto da falência. Cria-se, então, o instituto da *concordata preventiva,* que teria por condão oferecer a oportunidade de recuperação da sociedade em dificuldades, em vez da sua mera extinção. Sinale-se, todavia, que as disposições do referido diploma não se aplicariam às sociedades anônimas, que permaneceriam reguladas quanto à matéria, pela Lei 3.150, de 1882, sob o instituto da *liquidação forçada.*

Não tardou, contudo, para que a experiência da vida mercantil acabasse por suscitar uma série de críticas ao novo regime falimentar. Sobretudo, relacionadas ao abuso com que se passou a lançar mão das moratórias sob a égide da recuperação do negócio. Apesar das críticas, a reforma introduzida pelo Dec. 917 acabou por se consolidar, em razão da evolução inegável que representou para a disciplina falimentar, mais relevante do que as eventuais imperfeições poderiam desqualificar o novo instituto. Foi completada em diversos de seus aspectos pelo Dec. 2.024, editado em 1908.[43]

De 1908, também, é o Dec. 2.044 que, dispondo sobre títulos de crédito, estabelece as normas sobre as letras de câmbio e notas promissórias, ajustando o direito cambiário brasileiro, segundo afirma Requião, às mais modernas conquistas da ciência.[44]

---

41. Entre as quais se aponta a falência da Casa Mauá e a sucessão de crises no sistema bancário e industrial na segunda metade do século XIX.
42. Carvalho de Mendonça considerará que esta terminologia trata-se de uma espécie de simulação (op. cit., p. 116).
43. Este Decreto, aliás, da lavra de Carvalho de Mendonça. Segundo Requião, *Curso...,* cit., p. 16.
44. Idem, ibidem.

Deve-se citar também, como da maior importância para o direito comercial brasileiro, a ação da jurisprudência na última década do século XIX, sobretudo nos litígios advindos da crise econômica causada pela política do *encilhamento*, levada a cabo pelo governo federal. Teve a virtude, sobretudo, de completar questões não atacadas pela legislação, acabando por influenciar e inspirar futuras reformas legislativas.

6. Tentativas de reforma do Código Comercial

À evidência - pelo que já se narrou sobre a evolução do direito comercial brasileiro, e que constitui característica do direito comercial universal - a relação de tensão entre o caráter de *permanência* da regulamentação legislativa, e a natureza *dinâmica* do mundo dos negócios se observa com maior intensidade no direito comercial do que em qualquer outra esfera do direito.

A própria idéia de codificação do direito comercial, nesse sentido, tem um conteúdo muito mais flexível do que a concepção observada pela tradição civilista do sistema romano-canônico. De certo modo, como será visto a seguir, as modernas teorias codificadoras do século XX incorporam muitos aspectos já consagrados pela experiência jurídica do direito comercial, sobretudo no que diz com o afastamento da idéia de regulação total, entre as funções reconhecidas a um Código. A atual evolução das teorias codificadoras, e mesmo da idéia de decodificação, conecta-se com pressupostos há muito observados pelos comercialistas, sobretudo no que diz com a agilidade da vida de relações diante da morosidade dos processos legislativos. A própria origem do direito comercial é representativa da inversão do fenômeno legislativo típico, tendo sido as primeiras normas comerciais instituídas pelos próprios sujeitos da relação regulamentada, que somente *a posteriori* mereceu a atenção do Estado.

E mesmo esta incorporação diz mais com realidades extrínsecas ao próprio direito do que propriamente com a condição para sua eficácia. Afinal, antes de direito estatal, o direito comercial foi o direito dos comerciantes, e a atividade destes diz não só com a criação do direito, mas também, e principalmente, com sua aplicação às relações jurídico-privadas correspondentes, como garantia de estabilidade dos negócios.

Sabe-se, entretanto, que a consolidação do Estado nacional a partir da Idade Moderna, teve como uma de suas principais características o monopólio da jurisdição sob a guarda do Estado, derivando daí a necessária submissão da atividade comercial aos comandos legislativos estatais.

No Brasil, editado o Código Comercial de 1850, logo em seguida surgiram os reclames pela sua atualização e adequação "às novas realidades da atividade mercantil". Estas "novas realidades", antes de um fenômeno eventual, eram em verdade uma constante histórica, originadas no avanço tecnológico contínuo observado a partir de fins do século XVIII e ainda hoje sem qualquer perspectiva de interrupção. Max Weber, em sua obra maior, identificou com precisão que para nenhum fenômeno econômico fundamental é imprescindível, do ponto de vista teórico, a garantia estatal do direito.[45]

No direito comercial, tais avanços no campo do desenvolvimento econômico demonstrarão a falta de agilidade do Estado na regulação das relações deles advindas, seja por questões subjetivas como os conflitos de conteúdo moral que ensejavam,[46] seja diante da incapacidade originária de prever seus desdobramentos futuros ou da ínsita morosidade do procedimento de produção legislativa.

A reforma do Código pela legislação da segunda metade do século XIX, que culminou com o Dec. 917, de 1890, longe de adequar a codificação comercial à modernidade das relações econômicas, acabou assinalando a inadequação das normas remanescentes do texto original, determinando a própria superação das disposições resultantes da iniciativa reformadora.

Daí que, madura a idéia da necessidade de um novo Código Comercial, é editada a Lei 2.378, de 04.01.1911, autorizando o governo a mandar organizar os anteprojetos de reforma das codificações penal e comercial. Em relação a esta última, a tarefa coube ao Prof. Inglez de Souza.[47] Um dos grandes comercialistas da época, dedicou-se à tarefa durante todo o ano de 1911, acabando por apresentar seu trabalho em abril do ano seguinte.[48] Nesta oportunidade, entretanto, surpreendeu ao apre-

---

45. WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. 11. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 271.

46. Sobre o enfrentamento da questão moral, obrigatórias as reflexões de Max Weber, em *A ética protestante do capitalismo*. São Paulo: Pioneira, 1967. Também o relato sobre a experiência inglesa: MOORE JR., Barrington. *Aspectos morais do crescimento econômico*. Rio de Janeiro: Record, 1999; e MACFARLANE, Alan. *A cultura do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

47. Considerado uns dos maiores comercialistas brasileiros de então, Herculano Marques Inglez de Souza era professor na Faculdade Nacional do Rio de Janeiro.

48. Para uma pormenorizada análise do projeto de Inglez de Souza, veja-se Waldemar Ferreira, op. cit., p. 39 et seq.

sentar, em vez de apenas um anteprojeto para o qual fora designado, um segundo texto, colecionando emendas que o transformava em *Código de direito privado*, unificando as normas jurídicas civis e comerciais sob o abrigo do mesmo diploma legislativo. Este segundo projeto, embora balizado pela idéia de unificação do direito privado - que de resto contava com importantes defensores nos meios jurídicos nacional e estrangeiro - foi prontamente afastado pelo Senado.

Sobre as razões desta rejeição, podemos apontar duas. De um lado, a resistência de parte significativa do meio jurídico brasileiro à idéia de unificação, o que inviabilizava o debate teórico que preservasse a essência do anteprojeto. De outro lado, uma questão de ordem prática, já que tramitava em últimas providências o projeto do Código Civil, da lavra de Clóvis Beviláqua. Este tinha sido objeto de intensos debates no parlamento, sobretudo por conta das objeções que lhe indicou Rui Barbosa, bem como a polêmica lingüística deste com o Prof. Levi Carneiro. Aceitar-se àquela época o anteprojeto de Código unificado de Inglez de Souza seria desperdiçar o trabalho de mais de uma década, em torno do projeto de Código Civil, finalmente sancionado em 1.º.01.1916.

Assim, prosseguiu a tramitação do anteprojeto de Código Comercial do ilustre comercialista, que após sucessivas alterações - suprimindo-se todo o texto original relativo às falências e ao direito marítimo - foi aprovado pelo Senado em 1927, a partir do que iniciou sua tramitação na Câmara dos Deputados.[49] A ocorrência da Revolução de 1930, todavia, concentrou as atenções do parlamento sobre outras questões, levando o projeto a ter sua tramitação interrompida.

Nova iniciativa de confecção de um novo Código Comercial se dá então, em 1936, sob a coordenação do Prof. Waldemar Ferreira, nomeado relator-geral da Comissão Parlamentar encarregada de redigir o anteprojeto. Todavia, mais uma vez, os eventos políticos se colocam como óbice ao trabalho parlamentar e, em 1937, com a instituição do Estado Novo e conseqüente fechamento do Congresso Nacional, os trabalhos são interrompidos peremptoriamente.

Sobrevindo a redemocratização do país, em 1949, o então Ministro da Justiça, comercialista gaúcho, Adroaldo Mesquita da Costa, designa o Des. Florêncio de Abreu para que redija o esboço de um novo Código Comercial. Este projeto foi então apresentado à Câmara dos Deputados,

---

49. Sobre as fases da tramitação do projeto no Senado, veja-se Carvalho de Mendonça, op. cit., p. 122 et seq.

prevendo somente a modificação de dispositivos do Código relativos à sua primeira parte, não se posicionando a respeito das demais. Posteriormente, projetos tratando da reforma das duas outras partes do Código foram apresentados, nenhum deles tendo logrado, contudo, a continuidade na sua tramitação.

7. Evolução e perspectivas da unificação do direito privado

Em paralelo às iniciativas reformadoras da codificação comercial, tomava vulto a idéia de unificação do direito privado. A um tempo combatida por inúmeros civilistas e comercialistas, as idéias que, no direito brasileiro encontraram eco primeiro com Teixeira de Freitas, surgem como reação à dicotomia aparente entre público-privado, bem como uma iniciativa simplificadora do direito positivo, procurando sistematizar ordenamento uno de direito privado a partir da predominância de uma ou outra matéria, civil ou comercial.

Do ponto de vista histórico, a discussão que inicialmente se pautou na autonomia do direito comercial em relação à disciplina civil, evoluiu para a idéia de conveniência da unificação: em um só corpo legal o direito das obrigações, esparsamente tratado em ambas as codificações de direito privado. Nesse sentido, argumentavam os entusiastas da unificação que esta acabaria por gerar enormes vantagens do ponto de vista prático, entre as quais, a eliminação da controvérsia eventual sobre o direito aplicável.[50] Vivante, como já se afirmou, também defende na primeira fase de sua produção científica, a unificação. E, relacionando os motivos deste seu entendimento, arrola a dificuldade na aplicação de normas comerciais derivadas de direito consuetudinário (costumes estes produzidos pelos próprios comerciantes a quem se deseja regular) e as dificuldades em se apontar o direito aplicável ao caso concreto.[51] Estas posições o autor italiano já havia antecipado em aula na Universidade de Bolonha, em fins do século XIX, indicando ainda as desvantagens evidentes causadas pela faculdade outorgada aos juízes de decidir sobre o caráter civil ou comercial de uma dada relação na qual estivesse presente ato não disposto em lei como comercial. Do mesmo modo, observa-se o prejuízo do desenvolvimento científico do direito comercial em razão de um direito comercial com autonomia legislativa, a causar caracterizações doutrinárias

50. GELLA, Agustín Vicente y. *Introducción al derecho mercantil comparado*. 3. ed. Barcelona: Labor, 1941. p. 15-16.

51. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. 1922. vol. I. p. 11.

impróprias, o que faz com que, a cada nova regra obrigacional, fale-se em contrato *sui generis*.[52]

O desafio da elaboração do Projeto do Código Comercial italiano, todavia, fez com que Vivante revisse seu posicionamento, passando a considerar a unificação do direito privado como hipótese de grave prejuízo para o direito comercial, tanto pelas diferenças metodológicas entre um e outro ramo, quanto pelo caráter dinâmico da disciplina comercial em relação à civil. Ademais, certas preferências lógicas do direito comercial, como a proteção do portador de boa-fé na disciplina dos títulos de crédito, acabariam por comprometer as conseqüências do direito unificado.[53]

No Brasil, entretanto, a perspectiva da unificação do direito das obrigações é almejada há algum tempo. A iniciativa pioneira nesse sentido é o Anteprojeto do Código de Obrigações, apresentado por comissão de juristas em 1941, mas que não chegou sequer a tramitar no Congresso Nacional.[54] A grande polêmica que surge dali em diante, então, refere-se à objeção proposta por comercialistas contrários à unificação, afirmando que o pressuposto para tanto teria de ser, obrigatoriamente, a extensão do instituto da falência também para as sociedades civis.[55]

Nova iniciativa então se observa em meados da década de 60, quando o governo forma "Comissão de notáveis" para elaboração de novo Anteprojeto de Código de Obrigações. Este Anteprojeto, apresentado em 1965, em que uma das três partes em que se dividia o Código correspondia à sociedade e ao exercício da atividade comercial, teve sua produção indicada ao Prof. Sylvio Marcondes. Por determinação do governo da época, o Anteprojeto de Código das Obrigações não teve promovida sua tramitação finalizada no Congresso Nacional, sendo retirado para maiores estudos.

Então que, tendo sido indicada nova "Comissão de notáveis" para a redação de um novo Código Civil, o Prof. Sylvio Marcondes novamente foi indicado para a confecção da parte relativa ao direito da empresa, tarefa que tinha desempenhado em relação ao anteprojeto anterior.

---

52. Cf. REQUIÃO, Rubens. *Curso...*, cit., p. 18.
53. Idem, ibidem, p. 19.
54. Integravam esta comissão os juristas Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hanemann Guimarães.
55. A respeito da falência civil, veja-se Hanemann Guimarães. "A falência civil". *RF* 85/581, São Paulo: Forense, jan. 1941.

O conhecido Projeto 634-B, de 1975, então, foi o germe do atual Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10.01.2002, após extensa tramitação legislativa. Primeiro, na Câmara dos Deputados, onde permaneceu de 1975 a 1984. Depois, no Senado Federal, de 1984 a 1998, para em seguida retornar à Câmara dos Deputados, onde foi aprovado em fins de 2001, sendo promulgado pelo Presidente da República em 10.01.2002, e vigente no Brasil desde 11.01.2003, após *vacatio legis* de um ano (art. 2.044).

8. O direito empresarial e o novo Código Civil

A designação tradicional do ramo do direito que tem por objeto a regulação de direitos e interesses dos que exercem atividades de produção e circulação de bens e serviços com finalidade econômica, que se convencionou referir como direito comercial, sofre, desde algum tempo, críticas quanto à sua óbvia limitação terminológica. *Direito comercial* era denominação típica das etapas em que o desenvolvimento econômico tinha na atividade do comércio praticamente a sua razão de ser.

O desenvolvimento econômico ao longo dos séculos que nos separam dos primórdios da atividade comercial na Europa fizeram surgir um sem número de atividades características de iniciativa econômica, como indústrias, serviços e mesmo, nos tempos atuais, a chamada economia digital, cujos fundamentos não permitem classificá-los na consagrada concepção de atividade comercial. A finalidade lucrativa, neste sentir, avança para além das atividades produtivas, a que de modo convencional se determinava a incidência do direito comercial.

E para atualizar o direito diante de tais fenômenos econômicos é que se buscou cunhar nova expressão, que favorecesse a ampliação dos setores da vida de relações contidas no objeto deste ramo do direito. Consagrou-se na doutrina, então, a partir do advento da *teoria da empresa* do direito italiano, a designação *direito empresarial.*

Conforme assinala Fábio Ulhoa Coelho, entretanto, a atualização da denominação da disciplina, a adoção da teoria da empresa, ou mesmo sua integração a diplomas legislativos típicos de direito civil, não servem por si, para determinar a unificação do direito privado. Comprova esta sua percepção, conforme ele mesmo demonstra o fato de que no direito italiano, passados sessenta anos da unificação legislativa, direito civil e direito empresarial mantêm-se como disciplinas autônomas.[56]

---

56. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 1, p. 27-28.

O novo Código Civil brasileiro de 2002, entretanto, vai dispor sobre matéria de direito empresarial no seu Livro II da Parte Especial, do Direito da Empresa. Entretanto, no que é pertinente ao direito comercial, o novo Código Civil avança para conseqüências muito mais sensíveis do que pode se pressupor.

O modelo do novo Código, como demonstra Judith Martins-Costa, no esteio das lições do próprio Miguel Reale, é concebido como eixo central do sistema de direito privado, ao tempo em que não perde de vista a necessidade de abertura e mobilidade do sistema para os influxos da realidade social e de um projeto de permanência futura, natural a qualquer legislação.[57]

No que toca à unificação das obrigações civis e comerciais, realizada pelo Código Civil de 2002, observa com perfeição Norberto Mac-Donald, que, embora se observe a influência de direito comparado, de uma série de países de *civil law* sobre as coordenadas essenciais do Código, a unidade do direito obrigacional é tributada, fundamentalmente, ao direito italiano, em que o fenômeno se observou no Código de 1942.[58]

Todavia, identifica-se neste particular que, embora a unificação das obrigações tenha determinado às normas do novo Código a regulação de novos contratos como os de comissão (arts. 693 a 709, do CC/2002), de agência e distribuição (arts. 710 a 721, do CC/2002), corretagem (arts. 722 a 729, do CC/2002), transporte (arts. 730 a 756, do CC/2002), ou mesmo sobre os títulos de crédito (arts. 887 a 926, do CC/2002), ao par da legislação extravagante remanescente, deixa de contemplar contratos tipicamente afetos ao direito empresarial, como os contratos bancários[59] e financeiros, a franquia empresarial, o *know-how* e outros tantos. Evidentemente que tais ausências não se dão exclusivamente por suposta deficiência do Código ou esquecimento do legislador. Setor típico da iniciativa criativa do homem com o objetivo de maximização do lucro, a atividade empresarial por si não é própria às restrições legais representadas pela consa-

---

57. MARTINS-COSTA, Judith. "O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação". In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87-160.

58. MAC-DONALD, Norberto. "O projeto de Código Civil e o direito comercial". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 16, Porto Alegre, 1999, p. 142-143.

59. Em relação aos contratos bancários lembra Mac-Donald que os mesmos foram parte do anteprojeto, sendo excluídos ao longo da tramitação legislativa pelas impropriedades apontadas, entre outros, por Fábio Konder Comparatto (op. cit., p. 144).

gração dos chamados contratos típicos. Assim como tantos contratos comerciais já conhecidos foram excluídos do âmbito de regulação do novo Código Civil, de se esperar que outros tantos, resultado da criatividade dos empresários e demais agentes econômicos ainda surjam, e sejam regulados além das normas gerais sobre contratos do Código (arts. 421 a 480, do CC/2002), pelos aspectos específicos que os caracterizem.

Outras críticas se percebem também em relação à já mencionada disciplina dos títulos de crédito no novo Código Civil. Segundo demonstra Mac-Donald, noticiando a crítica de Fábio Comparato, certa dificuldade deverá perceber-se na prática, em face do conceito genérico de título de crédito estabelecido no Código, sobretudo no que diz com a confusão que seu texto favorece entre título de crédito inominado (que parece criar), título de crédito impróprio, ou simples comprovante de legitimação. [60] Omissões são identificadas também em relação a uma das características essenciais dos títulos de crédito, que dizem com a inoponibilidade das exceções a terceiros de boa-fé.[61]

Do mesmo modo, embora não diga diretamente com uma falta do legislador do Código, mas muito mais com o *paradoxo de desenvolvimento* do direito empresarial, ao qual já nos referimos, e que faz de suas normas progressivamente desatualizadas em face do avanço e incremento das relações econômicas que elas mesmo propugnam, outra questão limite do tratamento jurídico dos títulos de crédito é a *desmaterialização*[62] das relações que tradicionalmente são representadas a partir da utilização de meios eletrônicos de transferência de fundos. Este fenômeno, aliás, já está sendo tratado em legislação específica, que consagra atuação de autoridades de certificação eletrônica e regulamentação da movimentação de recursos por meio eletrônico.[63]

Finalmente, no que toca ao direito de empresa propriamente dito, consagrado no Livro II do Código Civil de 2002, é de se observar que se concentra a norma em estabelecer os conceitos centrais do direito empresarial, antes objeto do Parte Primeira do Código Comercial de 1850

60. Op. cit., p. 146.
61. Op. cit., p. 147.
62. Embora utilizada por diversos autores quanto a uma série de aspectos da sociedade pós-moderna, para os efeitos do presente estudo tomamos a expressão das considerações do Prof. Norberto Mac-Donald sobre o tema (op. cit., p. 148).
63. No Brasil, a legislação e atuação do ITI - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, vinculado à Casa Civil da Presidência da República, MedProv 2200-2, de 24.08.2001, bem como o Dec. 3872, de 18.07.2001.

(revogado pelo art. 2.045 da lei nova). Nesse sentido, o fio condutor apresentado pelo novo Código é afirmado pelo conceito de empresário presente no art. 966, do CC/2002 que refere: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços". Ao mesmo tempo, exclui o parágrafo único do mesmo artigo, do conceito de 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".

A definição legal do novo Código, a nosso ver, além de delimitar o espectro subjetivo de incidência das suas normas, tem alcance para além do direito empresarial, permitindo inclusive solver indagações, por via interpretativa, de outros ramos do direito privado, como o direito do consumidor.[64]

No que toca à sociedade empresária, note-se que o novo Código desfez confusão própria das normas de 1916 quanto à utilização dos termos sociedade e associação. Enquanto esta ficou adstrita à identificação das pessoas jurídicas de fins não-econômicos, aquela distingue as pessoas jurídicas de fins econômicos, do que são espécies as sociedades simples e as sociedades empresárias, estas com fins econômicos e sujeitas ao registro próprio (art. 984, do CC/2002), condição de sua existência jurídica (art. 985, do CC/2002). Hentz, de sua parte, anota que entre as sociedades não-personificadas, porque não sujeitas a registro, além das sociedades em comum, tem-se as sociedades em conta de participação (arts. 991 a 996, do CC/2002).[65]

Quanto ao registro, aliás, são diversas as questões levantadas na doutrina especializada, sobre a opção legislativa do novo Código, sobretudo em relação à previsão da denominada *sociedade em comum* (art. 986, do CC/2002), não personificada, a qual é regulada pela nova lei. Segundo

---

64. No direito do consumidor é conhecida a divergência doutrinária em torno da interpretação do art. 2.º, do CDC (Lei 8.078/90), que definiu o sujeito consumidor. No caso, dois entendimentos, dos chamados finalistas (que defendem interpretação mais restritiva do conceito legal) e dos maximalistas (que defendem sua ampliação), relativamente à aplicação das normas de proteção do consumidor poderão utilizar-se da definição de empresário estabelecida no art. 966, do CC/2002 para excluí-lo, no caso concreto, da proteção das normas do Código de Defesa do Consumidor, remetendo-os à norma subjetiva do Código Civil.

65. HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 39-40.

aponta Mac-Donald, "a exigência do registro, não só como condição para personificação, mas também para o regular funcionamento das sociedades comerciais, evidencia-se ao considerar-se as conseqüências atuais da falta de registro (...)".[66] A questão que surge é se estas sociedades não inscritas, pelo sistema do novo Código, estariam ou não submetidas às conseqüências e sanções próprias advindas da falta de registro.

Neste contexto, a previsão apartada da cooperativa como espécie distinta da sociedade empresária mereceu algum questionamento quanto à sua adequação. Assim, por exemplo, o entendimento de Luiz Antônio Hentz, para quem sua natureza jurídica originária, como sociedade de pessoas, de caráter civil, conforme a Lei 5.764/71, perde sua razão diante dos atuais contornos impressos na lei nova, a identificá-la como forma de empresa, no que, aliás, remontaria à própria origem do instituto, por meio da Lei 1.637 de 1907.[67]

De outra parte, observa-se que o Código, em matéria pertinente às sociedades empresárias e às pessoas jurídicas em geral, acolhe a já consagrada teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), que no Brasil foi introduzida pioneiramente pelo direito empresarial, por intermédio da lição de Rubens Requião.[68] O art. 50, do CC/2002 dispõe: "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Nota-se entre os traços fundamentais deste instituto inovador do direito privado,[69] de larga utilização jurisprudencial mesmo anterior à codificação, dois aspectos centrais. Primeiro, de que sua identificação deverá observar a ocorrência de *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial*, cuja prova deverá ser demonstrada, assim como concede prerrogativa ao

---

66. MAC-DONALD. Norberto. Op. cit., p. 156.
67. HENTZ, Luiz Antônio Soares. Op. cit., p. 142-143.
68. REQUIÃO, Rubens. "Abuso do direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*)". *Aspectos modernos de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 67.
69. De se ressaltar, contudo que pioneiramente foi consagrado no art. 28, do CDC (Lei 8.078/90) quando, *em detrimento do consumidor*, houver *abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*.

juiz para providência invalidante tópica, relativamente a *certas e determinadas relações de obrigações*, as quais deverão, por óbvio, guardar relação com um dos elementos caracterizadores do abuso.[70]

Daí por que se pode concluir que o atual fenômeno de incorporação das normas de direito empresarial pelo novo Código Civil, embora tenha o condão de determinar uma significativa transformação desta disciplina jurídica em razão do conteúdo das normas em vigor, não serve para afetar de qualquer modo sua autonomia. Até porque, em face da opção legislativa do novo Código, a matéria de direito empresarial ultrapassa as tênues fronteiras da codificação para afirmar seus institutos fundamentais em uma infinidade de leis extravagantes - cujo exemplo recorrente, por sua importância reconhecida, é a Lei 6.404 de 1974, que regula as sociedades anônimas.

Assim, superado o debate sobre a autonomia do direito empresarial, questão de maior significado diz respeito às tendências atuais desta disciplina jurídica, o que se deve reconhecer a partir das exigências que o próprio desenvolvimento da atividade econômica na sociedade pós-industrial passa a determinar.

9. As tendências atuais do direito empresarial

Como poucos ramos do direito, as disciplinas jurídicas de direito privado refletem, direta e rapidamente, transformações da realidade sobre as quais suas normas devem incidir. Assim é com o direito civil, em que as normas sobre família, propriedade ou mesmo os limites da autonomia privada refletem, em cada tempo, as condicionantes sociais, políticas e culturais de uma determinada sociedade. Assim também o direito empresarial, em que o que já denominamos *paradoxo do desenvolvimento* faz com que suas normas, continentes de um *telos* específico de otimização do lucro nas relações típicas que regulam, vejam-se permanentemente superadas pela criatividade e desenvoltura negocial que elas próprias estimulam. Este paradoxo, característico do caráter dinâmico do direito empresarial, é uma das razões principais da sua reconhecida inadequação às codificações.[71]

---

70. A respeito veja-se o instigante estudo do Prof. Norberto Mac-Donald. "Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais. Abuso - Sociedade unipessoal - Contratualismo". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 22/300-376, em especial p. 360-371, Porto Alegre, set. 2002.

71. Assim: ASCARELLI, Tulio. "A idéia de Código no direito privado e a tarefa da interpretação". *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São

No caso do direito empresarial, dado o seu conteúdo marcadamente econômico, é de se considerar nas últimas décadas, o advento do que Manuel Castells convencionou denominar capitalismo informacional, cujas características essenciais são determinadas por três processos independentes, sinais desta nova era. São eles: a) a revolução da tecnologia da informação, b) a crise econômica do capitalismo e do estatismo, e conseqüente reestruturação de ambos; e c) o apogeu de movimentos sociais culturais como direitos humanos, feminismo e ambientalismo.[72] Esta nova circunstância histórica global determina para a organização da apropriação e exploração da riqueza processos completamente novos de planejamento. Estes determinam conseqüências que vão da redefinição das relações entre a iniciativa econômica do Estado e dos particulares, como a própria reestruturação dos modos de atuação econômica da iniciativa privada.

No que toca com fenômenos típicos de regulamentação pelo direito empresarial, a sociedade empresária e a atividade empresarial são os fenômenos mais conhecidos destas novas tendências do direito empresarial. Segundo demonstra minuciosamente Castells, no que toca à atividade produtiva, esta deixa de se concentrar no fenômeno da produção em massa, fundamentada em ganhos de produtividade por meio de economias de escala, para se definir segundo um modelo de produção flexível, tanto em relação aos produtos (diferenciação dos produtos para distintos consumidores), quanto em relação aos processos de produção propriamente ditos.[73]

De outra parte, fenômeno sensível do novo cenário econômico mundial, de reflexos imediatos nas formulações de direito empresarial, é a formação de redes entre empresas, de caráter multidirecional, colocado em prática por empresas de pequeno e médio porte, e o modelo de licenciamento e subcontratação de produção sob o controle de uma grande corporação.[74]

Paulo: Saraiva, 1969. p. 61. No mesmo sentido: LUCCA, Newton de. "A atividade empresarial no âmbito do projeto de Código Civil". *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000. p. 47 *et seq*.

72. CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* Economia, sociedade e cultura - Fim de milênio. São Paulo: Paz e Terra, 1999. vol. 3, p. 412.

73. CASTELLS, Manuel. *A era da informação:* Economia, sociedade e cultura - Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. vol. 1, p. 175-176.

74. Idem, ibidem, p. 181.

Além disso, a nova noção de alianças estratégicas entre sociedades empresárias,[75] que determinam a formulação de contratos específicos (como o *joint-venture*, por exemplo), assim como novas formas de contratação de alianças estratégicas em que o objeto da contratação é marca ou designação de apelo publicitário, bem como um determinado processo de produção (franquia empresarial), faz com que as fórmulas clássicas de direito empresarial submetam-se à permanente revisão.

Nesta esteira, apenas para complementar estas sucintas observações, também estão o atual valor de medição de riqueza e o conceito contemporâneo de bem economicamente avaliável. Avulta hoje, sabidamente, a cotação dos chamados bens imateriais, que muitas vezes consistem simplesmente em informações sobre processos, sem uma materialidade ou elementos convencionais que possam lhe determinar um valor, o qual será determinado, muitas vezes, exclusivamente pela concepção arbitrária dos agentes do mercado.

Este panorama permite identificar-se em relação ao direito empresarial brasileiro, no mesmo sentido do direito comparado, algumas tendências bastante sensíveis, quais sejam: a *flexibilização*; a *internacionalização*; a *desmaterialização*; e o *reforço da confiança*.

9.1 Flexibilização

No que se refere à primeira tendência, está o que denominamos de *flexibilização* do direito empresarial. Trata-se de uma tendência que decorre diretamente da necessidade de atualização veloz do instrumental jurídico de regulamentação da atividade empresarial (*paradoxo do desenvolvimento*). Em regra, tanto a iniciativa legislativa, quanto a própria compreensão pelo aplicador do direito sobre a evolução dinâmica da atividade empresarial, não permite que ambos, direito e atividade empresária se desenvolvam na mesma velocidade. Este fato, evidentemente, faz com que muitas vezes, as exigências formais da regulamentação jurídica representem custos ou mesmo fatores desfavoráveis ao desenvolvimento da atividade econômica.

Por esta razão, a flexibilização das relações jurídicas interempresariais é uma tendência bastante notada, tanto no Brasil quanto em direito comparado. Internamente, um exemplo típico desta nova flexibilidade é o instituto da arbitragem, previsto no direito brasileiro na Lei 9.307, de 23.09.1996, pelo qual é reconhecida a possibilidade de fuga da jurisdição

---

75. CASTELLS, Manuel. *A era da informação...*, cit., vol. 1, p. 183-184.

estatal (*juris dictio,* dizer o direito) para decisão sobre o litígio entre particulares, a partir do pronunciamento do árbitro privado. Flexibiliza-se a jurisdição necessária do Estado, legado da Idade Moderna, para se reconhecer aos particulares competência[76] para decisão sobre litígios entre si. Trata-se, pois, da determinação do aplicador do direito por meio de convenção das partes, de uma justiça convencional, cujo procedimento de conhecimento e decisão do litígio se dá por regras acordadas ou mesmo costumeiras.

Um segundo fenômeno característico desta tendência flexível, vinculado igualmente ao reforço da autonomia privada dos empresários, é a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Esta possibilidade, em regra limitada pelas exigências de ordem pública (típicas do direito internacional privado), vai encontrar sua sede característica nos contratos internacionais, que para, além disto, desde algum tempo dispõem com naturalidade sobre cláusulas de foro e convenções sobre usos e costumes reconhecidos na sua execução.

9.2 *Internacionalização*

O direito empresarial acentua sua dimensão internacional, à medida que a atividade empresarial assume repercussão global. A tendência de internacionalização do direito empresarial acompanha, neste sentir, a influência recíproca dos mercados nacionais, definindo os principais fatores econômicos. Os contratos empresariais são na maioria das vezes cada vez mais contratos entre sociedades empresárias de distintos países, tendo como objeto a importação e exportação de bens e serviços, ou ainda, a transferência de tecnologia. As sociedades empresárias têm assumido o caráter de corporações transnacionais, com diversos centros de interesse, e submetidas a distintos ordenamentos jurídicos. As normas sobre direito empresarial e econômico cada vez mais são objeto de negociação em organismos internacionais multilaterais, como a Organização Mundial de Comércio, ou de cooperação e integração econômica, como o Mercosul ou a União Européia.[77]

---

76. *Competência,* tomada no lapidar conceito do Prof. Ruy Cirne Lima, como "a medida de poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada" (*Princípios de direito administrativo.* São Paulo: RT, 1987. p. 139).

77. Esplêndida reflexão sobre o tema é a do mestre francês François Rigaux. *A lei dos juízes.* Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, em especial p. 8 et seq.

Nesse sentido, a dimensão internacional do direito empresarial traz consigo uma segunda característica auxiliar, de uniformização[78] dos diferentes ordenamentos jurídicos sobre a forma de *organização do capital* e *garantias de estabilidade* para o investimento internacional. A disciplina de *organização do capital* diz especificamente com o objeto do *direito empresarial*, enquanto o que identificamos como *garantias de estabilidade* passa a estar afeto de modo próprio ao *direito econômico*, em suas variáveis de defesa da concorrência e regulação de determinados setores do mercado.

De outra parte, a atividade empresarial, também em relação ao mercado de produção e consumo de bens e serviços, observa esta tendência de internacionalização, fruto do afamado fenômeno da globalização dos mercados. Tais circunstâncias determinam, primeiro, uma interação permanente entre distintas ordens jurídicas, ao tempo que promovem a construção gradual de normas internacionais comuns sobre estas transações afetas ao direito empresarial, como é o caso, por exemplo, da Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena de 1980),[79] ou do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (Acordo Trips),[80] regulando questões relativas à propriedade intelectual e criando direitos e obrigações para os Estados membros.

9.3 *Desmaterialização*

Uma terceira tendência bastante sensível no direito empresarial é a da sua *desmaterialização* no que diz com as atividades típicas de empresa, como o comércio, e os meios de representação da riqueza, sejam os títulos de crédito ou as transações financeiras em geral, interempresariais ou de consumo. Assiste-se, deste modo, ao crescente retomar de instru-

---

78. Assim, veja-se BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *O tratamento nacional dos investimentos estrangeiros.* Brasília: Instituto Rio Branco, 1999. Segundo o autor, nesta matéria a construção de regras internacionais para produção de relativa estabilidade quanto à matéria, é recente, datando de princípio da década de 1970, p. 38.

79. A respeito, veja-se, entre outros: MARTINS-COSTA, Judith. "Os princípios informadores do contrato de compra e venda na Convenção de Viena de 1980". *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul.* São Paulo: LTr, 1996. p. 163-187. No mesmo sentido: GREBLER, Eduardo. "O contrato de venda internacional de mercadorias". *RF* 319/310-317, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

80. Incorporado ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 30, de 15.12.1994, e regulado pelo Dec. 1355, de 30.12.1994.

mentos eletrônicos de conservação e transferência de recursos financeiros, que desde algum tempo, afirmam o desnível entre a quantidade de moeda física e aquela objeto de representação eletrônica.

Do mesmo modo, algumas operações de crédito, para as quais o direito tradicionalmente havia previsto a figura dos títulos de crédito, em face de sua realização por meio eletrônico, terminam por perder as características próprias de cartularidade e autonomia, tão prezadas pelo direito comercial clássico.

No que tange às profundas alterações no campo da compra e venda de bens e serviços, esta tendência de desmaterialização é notada pelo advento do comércio eletrônico que, se de um lado determina um novo meio para realização de negócios, cujo objeto em regra será material (aquisição de produtos materiais pela internet), de outro permite igualmente que toda a relação tipicamente comercial tenha sua formação e execução por meio eletrônico (a aquisição de um *software* por intermédio da internet, é o exemplo mais utilizado).

Tais circunstâncias promovem a discussão de novas questões afetas a esta espécie de relação, como a noção de estabelecimento comercial, de formação e execução do contrato, e outras tantas examinadas pela doutrina especializada em direito privado.

Ao mesmo tempo, reforçam a necessidade de mecanismos que assegurem a autenticidade dos sujeitos, dos processos de manifestação da vontade e do conteúdo dos negócios celebrados por meio eletrônico. Trata-se de instrumentos jurídicos de reação à esta tendência de desmaterialização, a fim de preservar a segurança e a autenticidade, como é o caso, por exemplo, do processo de certificação digital.

9.4 *Reforço da confiança*

Por fim, a quarta tendência atual que identificamos em relação ao direito empresarial é o que denominamos *reforço da confiança*. Confiança esta, tomada em seu sentido jurídico, mas cuja repercussão avança para os mais distintos campos da ação humana. Carlos Alberto Ghersi refere que na atualidade a confiança representa significativas projeções para a economia, e novos enfoques determinam como dela depende, em grande medida, a eficiência econômica.[81]

---

81. GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos interempresarios*. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 126.

A confiança, como instituto jurídico, tem sua origem no direito alemão (*Treu und Glauben*), intimamente vinculada à noção de boa-fé objetiva presente no § 242 do BGB, de 1900. No direito brasileiro, a primeira disposição legislativa prevendo a boa-fé objetiva se observa exatamente no art. 131, do CCo, que dispunha, sobre a interpretação do contrato comercial, que esta deveria ter por base "a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras".

Entretanto, sua aplicação jurisprudencial poucas vezes respeitou o caráter objetivo do dever determinado pela disposição legal, o que se vai consolidar apenas ao longo do século XX, a partir do esforço de definição conceitual da boa-fé pela doutrina civilista, e sua adoção pela jurisprudência, já na década de 1980. Sob o aspecto legislativo, a boa-fé objetiva como norma surgiu então no Código de Defesa do Consumidor[82] de 1990, e no Código Civil de 2002.[83]

Em termos dogmáticos, a unificação das obrigações civis e comerciais, e o reconhecimento da boa-fé como princípio geral do direito dos contratos, previsto no art. 422, do CC/2002, determina às obrigações típicas de direito empresarial a observação do conteúdo objetivo dos valores de fidelidade e confiança, "exigências geralmente vigentes de justiça".[84]

Nas obrigações de natureza empresarial, a tendência de valorização da confiança observa-se em dois planos. De um lado, como reação à tendência de flexibilização, como necessidade conseqüente do reconhecimento de *standards* com força jurídica e aceitação pelos indivíduos envolvidos. De outro, como espécie de garantia necessária à velocidade atual dos negócios, que estimulam, no âmbito jurídico, a elevação da importância dos usos e costumes como fonte das obrigações e, nesse sentido, a proteção das expectativas legítimas geradas a partir do respeito aos mesmos.

O reforço da confiança consistirá no reconhecimento, pelo direito empresarial, de efeitos jurídicos próprios às expectativas legítimas e aos deveres oriundos da boa-fé, matriz valorativa do direito privado,

---

82. A respeito veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 232 *et seq*.

83. Sobre a boa-fé no direito civil, veja-se: MARTINS-COSTA, Judith. "A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale)". *Diretrizes teóricas...*, cit., p. 188-221.

84. Conforme a lição de Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 142-143.

consagrada internamente no novo Código Civil, bem como pelo retorno dos usos e costumes comerciais como fonte do direito, recuperando seu papel eclipsado, eventualmente, pelas aspirações de regulação exaustiva do século vinte.

O direito empresarial brasileiro avança deste modo, na aproximação dos fenômenos que regula, caracterizando-se como elemento promotor do desenvolvimento econômico, ao tempo em que estabelece, no plano interno e internacional, normas para estabilidade dos investimentos e organização da iniciativa econômica na sua dimensão privada.