**Alfredo de Assis
Gonçalves Neto**

DIREITO DE EMPRESA

Comentários aos artigos 966
a 1.195 do Código Civil

4.ª edição
revista, atualizada e ampliada

DE ACORDO COM:

- Lei 12.399/2011 – Sociedade com participação de sócio incapaz
- Lei 12.441/2011 – Cria a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI
- Lei 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

vidade econômica, concentrando-se normas especiais para aquelas de maior relevância para o desenvolvimento econômico do Estado.

XVI. O direito comercial no Brasil

A história do direito comercial brasileiro tem início com a chegada da Família Real portuguesa, que veio para a colônia apossada pelas tropas napoleônicas. Impunha-se, assim, organizar-se a Corte.

Nesse primeiro momento, destacou-se a figura de JOSÉ DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairu, considerado o precursor do nosso direito comercial. Sob seu patrocínio e orientação, D. João VI promulgou a Lei de Abertura dos Portos brasileiros ao comércio, antes fechados em virtude do monopólio de Portugal. Também no ano de 1808 foram criados o primeiro Banco do Brasil e a Real Junta do Comércio, Agricultura e Navegação, no Rio de Janeiro.

Foi do Visconde de Cairu a primeira obra de direito comercial no Brasil (*Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, reeditada em 1963 pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça).

O Banco do Brasil referido no texto nada tem a ver com o atual. Foi extinto quando do regresso da família real a Portugal. Depois dele, Irineu Batista de Souza, o Barão de Mauá, criou o seu, em 1851, com idêntica denominação, que, por obra de Itaboraí, foi fundido dois anos após com o então Banco Comercial. (Sobre o assunto, EDGARDO DE CASTRO REBELLO, *Mauá & Outros Estudos*, p. 37-54.) A origem do atual Banco do Brasil, portanto, não é aquela que andou sendo divulgada em propaganda da instituição.

Com a independência, a Assembleia Constituinte do Império determinou que continuassem em vigor no país as leis portuguesas vigentes em 25.04.1821. Vigoravam e continuaram vigorando, então, as *Ordenações Filipinas*, sob forte influência do direito romano e do direito canônico, bem como a *Lei da Boa Razão*, de 18.08.1769, que autorizava serem invocadas, como subsídio nas questões mercantis, as leis das nações cristãs, de sorte que à época aqui se aplicaram, por igual, o Código Comercial francês de 1807 e, mais tarde, o Código Comercial espanhol de 1829 e o Código Comercial português de 1833.

Isso foi consequência da influência do movimento iluminista que, nos países europeus, notadamente na Alemanha, fez surgir o chamado direito da razão em reação ao direito de inspiração romana, fruto do período da recepção (CLAUDE WITZ, *Le droit Allemand*, p. 10-11).

XVII. O Código Comercial e o Regulamento 737

Para afirmar a soberania política do Império, a Constituição de 1824 determinou que se elaborassem, com urgência, um Código Civil e um Criminal (art. 179, XVIII), sem dispor, contudo, acerca da elaboração de um Código Comercial – casualmente sancionado muito antes do Civil, pela Lei 556, de 25.06.1850.

Desde a criação da Real Junta de Comércio já se cogitava da elaboração de um Código Comercial, tendo sido designado JOSÉ DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairu, para organizá-lo. Em 1832, a Regência, em nome do Imperador, nomeou comissão para o mesmo fim, destacando-se, entre seus membros, JOSÉ CLEMENTE PEREIRA. Seguiram-se outras comissões e o projeto ficou paralisado com a dissolução do Parlamento em 1844. O projeto retomou seu curso em 1845 com a nomeação de nova comissão para revê-lo, sendo aprovado pela Câmara em 1845 e pelo Senado em 1848 com emendas que o fizeram retornar à Câmara. Aceitas as emendas do Senado, finalmente foi o projeto enviado à sanção do Imperador – o que ocorreu em 25.06.1850. (Sobre o assunto, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 31 a 35, p. 82 a 93; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, t. I, n. 28-41, p. 52 a 78.)

Veio nosso Código Comercial dividido em três Partes, seguidas de um Título Único que as complementava. Na Parte Primeira definiu a figura do comerciante e regulou suas obrigações e prerrogativas (arts. 10 a 31), bem como os agentes auxiliares do comércio (arts. 32 a 120); estabeleceu, ainda, regras sobre os contratos e obrigações mercantis e seus modos de extinção (arts. 121 a 456), nelas incluindo as sociedades (arts. 287 a 353) e os títulos de crédito (arts. 354 a 427). Na Parte Segunda tratou do comércio marítimo, regrando as embarcações, seus proprietários e as pessoas envolvidas no tráfico

marítimo, inclusive as relações de trabalho, os contratos, seguros e acidentes marítimos (arts. 457 a 795). Na Parte Terceira cuidou da falência do comerciante (arts. 797 a 913) e, no Título Único, estatuiu normas sobre a administração da justiça nos negócios e causas comerciais.

Embora informado nos Códigos Comerciais da França, Espanha e Portugal, o nosso não enumerou, em seu texto, os atos de comércio nem vinculou o conceito de comerciante à pessoa que os praticasse com habitualidade e em caráter profissional; preferiu defini-lo como aquele que "faz da mercancia sua profissão habitual" (art. 4.º).

Visando à boa execução do Código, foram baixados, no mesmo ano (com base na autorização contida no art. 27 do Título Único), os Regulamentos 737 e 738: o primeiro dispoñdo sobre o processo comercial, sobre a jurisdição comercial e sobre a aplicação da lei comercial aos objetos, atos ou obrigações comerciais; o outro, sobre os Tribunais do Comércio, com regras a respeito do processo de quebras.

O Regulamento 737, na parte em que estatuiu normas sobre o processo comercial, dedicou seus Capítulos III e IV à fixação da jurisdição comercial, arrolando, no art. 19, os atos que reputou caracterizarem a mercancia e, no art. 20, as questões, relativas a outros tantos atos, que também ficavam submetidas à mesma jurisdição e processo, independentemente da intervenção de comerciantes.

Esses dispositivos estavam assim redigidos:

"Art. 19. Considera-se mercancia: § 1.º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso. § 2.º As operações de câmbio, banco e corretagem. § 3.º As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos. § 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo. § 5.º A armação e a expedição de navios.

Art. 20. Serão também julgados em conformidade das disposições do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante: § 1.º As questões entre

particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo. § 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objeto. § 3.º As questões que derivarem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos e urbanos. § 4.º As questões relativas a letras de câmbio e da terra, seguros, riscos e fretamentos."

Com isso, referido Regulamento restringiu o alcance e a flexibilidade que o termo *mercancia*, empregado pelo art. 4.º do Código Comercial, poderia ter na conceituação de comerciante. E mais: trouxe para o âmbito do nosso direito comercial, pela via do processo, atos isolados não praticados necessariamente no exercício da profissão mercantil. Em outras palavras, os atos de comércio acabaram por incorporar-se, através do Regulamento 737, ao sistema do direito comercial brasileiro que, assim, passou a ser sacudido pela tormentosa discussão acerca da matéria de comércio e pelas mesmas críticas que, já então, eram feitas ao sistema do Código francês.

A doutrina pátria, desse modo, não pôde fugir da análise das diversas teorias sobre os atos de comércio para determinar a matéria de comércio, nem das incongruências do cunho objetivista que impregnaram o direito comercial a partir do Código francês de 1807, muito embora nossos comercialistas tenham-se dividido quanto à adoção desse critério objetivista pelo Código Comercial brasileiro. Enquanto alguns não tiveram dúvidas em afirmá-lo, outros sustentaram ser nosso sistema misto, dos comerciantes e dos atos de comércio, e ainda houve a voz de quem preferiu desconsiderar as normas desse Regulamento para afirmar que o sistema brasileiro resgatou o cunho subjetivo que o marcara desde seu surgimento.

Tratando das teorias tendentes a explicar os atos de comércio para definir a matéria de comércio como essência do direito comercial na linha do Código Comercial francês, podem ser citados, por exemplo, INGLEZ DE SOUZA, *Direito comercial*, n. 12, p. 31-36; BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, n. 6, p. 59-63, n. 25-29, p. 159 e ss.; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, n.

78-91, p. 146-161; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 301-379, p. 440-515.

Afirmado ter nosso Código Comercial adotado o sistema objetivo, destacou-se OTAVIO MENDES, como se vê desta passagem: "O critério de nossa legislação não é hoje um critério misto, como diz CARVALHO DE MENDONÇA, mas é, positivamente, o critério objetivo ou real. O nosso direito comercial não é o direito das relações entre negociantes, mas sim o direito regulador da matéria comercial, quer entre comerciantes, quer entre pessoas não negociantes" (*Direito comercial terrestre*, p. 62). Já RUBENS REQUIÃO, na linha da orientação de CARVALHO DE MENDONÇA, obtemperava: "O sistema do Código de 1850, como resulta desta exposição, é *subjetivo*, pois assenta na figura do comerciante, não evitando, porém, o tempero *objetivo*, enumeração legal dos atos de comércio, para esclarecer o que seja mercancia, elemento radical na conceituação do comerciante" (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 24, p. 41). Para JOÃO EUNÁPIO BORGES, no entanto, "nosso legislador, repudiando aberta e decididamente a inovação objetivista de seu modelo, reatou o fio da *tradição subjetivista* do direito mercantil, acolhendo o sistema que no fim do século seria adotado pelo Código alemão. Nosso Código, afastando deliberadamente a própria expressão atos de comércio, timbrou em ser exclusivamente um código dos comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil" (J. EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, n. 92, p. 90).

Assim, enquanto permaneceram em vigor os dispositivos do Código Comercial que cuidaram de definir o comerciante e os atos por ele praticados, prosseguiram grassando na doutrina e na jurisprudência pátrias opiniões as mais desencontradas quanto ao âmbito do direito comercial e continuou tormentoso o problema de sua sistematização.

Entretanto, houve temas a respeito dos quais a doutrina e a jurisprudência pátrias sempre se harmonizaram. Ao se defrontarem com o problema da enumeração dos atos de comércio (dos atos considerados como caracterizadores da mercancia), por exemplo, nossos comercialistas concordaram em reputá-la *exemplificativa* pelo reconhecimento da necessidade de abranger as novas formas de contratar surgidas com a prática

mercantil, que não foram nem poderiam estar nela previstas. A contribuição de nossos Tribunais, ainda ao tempo da dualidade processual também foi decisiva, ora para considerar elástica a enumeração dos arts. 19 e 20 do Regulamento 737, ora para acentuar a *profissionalidade* dos atos ali discriminados.

Veja-se, como exemplo de interpretação ampliativa do rol dos atos de mercancia, este acórdão da Relação do Rio de Janeiro, datado de 24.03.1887: "Carpinteiros, mestres-de-obras e empreiteiros, com casa aberta e coletada são comerciantes". A seu turno, enfatizando a necessidade do exercício profissional do comércio para caracterização da matéria de comércio, decidiu a Relação da Corte em acórdão de 10.06.1879: "A venda de gêneros para consumo feita por comerciante a comerciante não é mercantil" (Conselheiro SALLUSTIANO ORLANDO DE ARAÚJO COSTA, *Código Comercial do Império do Brasil*, p. 588, nota 25).

Apesar de terem ocorrido inúmeras alterações trazidas por leis extravagantes, nosso Código Comercial continuou em vigor na parte relativa às regras que então delimitavam o campo de sua aplicação, sem qualquer mudança substancial até o advento do Código Civil de 2002.

Não foram poucas as tentativas de sua reforma em momentos anteriores. Já TEIXEIRA DE FREITAS, em 1867 encaminhara ao Governo Imperial proposta no sentido de modificação do Código Comercial para sua unificação com a matéria civil em um Código Geral. Também INGLEZ DE SOUZA, em 1911, teve a incumbência de elaborar outro projeto que, aprovado pelo Senado e enviado à Câmara dos Deputados, foi abandonado com sua dissolução ocorrida em 1930. Com a restauração do regime democrático pela Constituição de 1946, foi atribuída a tarefa a FLORÊNCIO DE ABREU que, em 1949, apresentou seu esboço consolidando as leis comerciais então vigentes. Posteriormente, os Ministros OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, do Supremo Tribunal Federal, compuseram a comissão que elaborou o nosso primeiro anteprojeto de Código de Obrigações, na linha do sistema adotado pela Suíça, o qual, porém, não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo. (Ver, sobre esse histórico, WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, t.

I, n. 51-64, p. 102-132.) Em 1965 houve outro anteprojeto de Código de Obrigações, cuja parte geral foi elaborada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (relator geral). SYLVIO MARCONDES integrou a Comissão, tendo então elaborado o texto relativo às atividades mercantis, por ele reapresentada quando chamado a participar da elaboração do Anteprojeto do Código Civil, de 1972, sob a designação de "atividade negocial". (Sobre os trabalhos de codificação é de leitura obrigatória a obra de MÁRIO LUIZ DELGADO, *Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro*.)

Para melhor compreender o ambiente da época que antecedeu à reforma de 2002, convém repassar, ainda que superficial e exemplificativamente, algumas das principais modificações que foram sendo introduzidas em nossa legislação e que, aos poucos, deram novos contornos ao direito comercial, desatrelando-o do rol dos atos de comércio e permitindo, numa interpretação construtiva, caracterizá-lo como um direito voltado para a regulação do profissional do mercado de bens e de serviços.

XVIII. Leis posteriores

Sem a preocupação de indicar todas as principais alterações verificadas até hoje, é possível acentuar algumas daquelas que contribuíram decisivamente para delinear o quadro evolutivo pelo qual passou o direito comercial brasileiro, desde o Código Comercial oitocentista até os dias de hoje.

Em 1875 foram extintos os Tribunais do Comércio, com o que ficou suprimida a dualidade de jurisdição (civil e comercial). As causas comerciais passaram a ser julgadas pelos mesmos juízes e tribunais das causas civis, embora mantidas as diferenças em matéria processual.

Mas, pouco depois, o Decreto 736/1890, mandando que se aplicassem aos processos cíveis as regras previstas para os processos comerciais, que figuravam no Regulamento 737, unificou-os. Com a Constituição republicana de 1891, a competência para legislar sobre matéria processual foi transferida para os Estados e os Códigos de Processo estaduais mantiveram o tratamento unitário das causas cíveis e comerciais. O Código de Processo Civil de 1939 e o

atual, de 1973, seguiram a mesma linha. Assim, não existe mais dualidade de tratamento para os processos relativos às causas civis e às causas comerciais. O processo ou é de conhecimento ou de execução ou cautelar. As distinções ficam por conta dos procedimentos, comuns (ordinário ou sumário) e especiais, cuja classificação não tem por critério a dicotomia do direito privado. Embora sem que a maioria dos comercialistas o percebesse, a enumeração dos atos de mercancia deixou de existir, ficando altaneira a expressão mercancia para permitir um conceito mais realista, desatrelado de condicionantes, do profissional dedicado ao seu exercício.

Sobre a revogação dos arts. 19 e 20 do Regulamento 737 e, conseqüentemente, sobre a inserção de outras atividades, como as imobiliárias e de prestação de serviços, no campo de abrangência do direito comercial, ainda ao tempo da vigência do art. 4.º do Código Comercial, ver, do autor, *Apontamentos de direito comercial*, p. 85-86.

No tocante aos contratos, a prática mercantil e o comércio internacional cuidaram de expandi-los, criando novos e aprimorando os antigos. Cartões de crédito, centros comerciais e faturização, por exemplo, frequentes no dia a dia dos negócios, estão entre os contratos que ainda carecem de regramento próprio. Já o de seguro, antes limitado ao comércio marítimo, generalizou-se para abranger os bens do comércio terrestre, a vida das pessoas estranhas ao mar e, depois, a vida e a saúde de qualquer pessoa, o crédito e os mais diversos riscos.

O art. 686 do Código Comercial proibia o seguro sobre "a vida de alguma pessoa livre". Como essa disposição estava inserida na parte relativa ao direito marítimo, as companhias seguradoras passaram a celebrar seguros de vida de pessoas estranhas à atividade marítima, entendendo que a proibição a tanto se limitava. Mais tarde, apesar da lei, estenderam-no sobre a vida de qualquer pessoa; a Lei 294/1895, curvou-se a essa prática e eliminou, de vez, qualquer limitação.

Atualmente, são incontáveis os negócios jurídicos indiretos, os contratos atípicos que resultam da combinação de diversos outros contratos, além dos novos contratos típicos

inerentes ao tráfico mercantil, sem aplicação geral a todas as pessoas (como os interempresariais em geral, a exemplo da representação comercial, da concessão mercantil, da revenda com exclusividade etc.). Outros tantos há, também, consagrados pela prática empresarial, mas ainda não regulados em lei (como os contratos de cartões de crédito, de faturização, de centros comerciais etc.).

A parte referente às quebras (à falência) passou, igualmente, por diversas alterações. Inicialmente a falência era tida como uma prerrogativa de comerciantes regularmente matriculados (só comerciantes podiam requerer a falência de outros comerciantes); depois, estendeu-se a legitimidade para requerer a falência a qualquer credor, por qualquer título de dívida, assim civil como comercial e, mais recentemente, ampliou-se o campo de abrangência do regime falimentar, embora ainda restrito às pessoas que se dedicam ao exercício de atividade empresária.

Também a Seção do Código Comercial referente às sociedades anônimas foi substituída por leis específicas. As sociedades por ações que, antes (como então ocorria com os demais tipos de sociedades mercantis) podiam ter natureza tanto civil como mercantil (CC de 1916, art. 1.364), passaram a ser reputadas sempre mercantis em razão da forma – ou seja, a estrutura (organização complexa) passou a guiar o regime jurídico a que estavam submetidas, qualquer que fosse o objeto de sua atividade.

O Código Civil de 2002, como será visto, manteve o mesmo critério para essas sociedades, sabendo-se que as demais só são reputadas empresárias quando tiverem por objeto o exercício de “atividade própria de empresário sujeito a registro” (art. 982 e parágrafo único).

A partir do art. 219 do Código Comercial, a prática mercantil consagrou a emissão de título representativo de crédito de venda de mercadoria a prazo, passível de cobrança pela ação de assinação de dez dias. Surgiu, então, a duplicata mercantil com os propósitos de atender ao fisco (controle de vendas para efeito de incidência do imposto proporcional do selo e, mais tarde, do imposto sobre vendas mercantis) e aos comerciantes (para documentar, como título hábil à cobrança executiva, as vendas a prazo feitas

para sua clientela). Esse era o regime previsto na Lei 2.919/1914, no Dec. 1.041/1923 e na Lei 187/1936. A Lei 5.474/1968 deu nova estrutura a esse título, estendendo, ainda, faculdade de sua emissão a empresas prestadoras de serviços e sociedades civis (duplicata de prestação de serviços).

Os direitos relativos à propriedade industrial não vieram regulados no Código Comercial. Embora as regras sobre os direitos de invenção sejam-lhe anteriores, a primeira lei brasileira sobre marcas (aplicáveis a produtos industriais ou de comércio) só surgiu em 1875. A proteção à propriedade industrial foi, aos poucos, sendo estendida para abranger o nome comercial (Dec. 916/1890), os desenhos e modelos industriais (Dec. 24.507/1934), os modelos de utilidade (Código de Propriedade Industrial de 1945) e as marcas de serviço (Dec.-lei 254/1967).

Foi o Alvará de 28.01.1809, considerado como marco da propriedade industrial no Brasil, que, pela primeira vez, dispôs sobre a tutela dos direitos dos inventores. A Constituição Imperial de 1824 também já havia assegurado aos inventores a propriedade de suas descobertas e de suas produções com privilégio exclusivo e temporário, regulada, mais tarde, pela Lei de 28.08.1830, que tratou da concessão dos privilégios e dos direitos deles decorrentes.

Com exceção do nome comercial e do título de estabelecimento, os demais direitos relativos à propriedade industrial continuaram regulados e protegidos pelo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/1971). A Lei 9.279/1996, que atualmente regula esses direitos, excluiu de registro no INPI as expressões e sinais de propaganda, os quais nela só ficaram contemplados residualmente, pela proteção penal.

Com o Código Civil de 1916, foram regulados os títulos ao portador como obrigações unilaterais de vontade, desvinculados da atividade mercantil, nele se consagrando o princípio da inoponibilidade das exceções desenvolvido pelo direito cambiário (arts. 1.505 a 1.511). Esse mesmo Código sistematizou, com melhor técnica, o direito das obrigações, e regulou diversos contratos, revogando, com isso, diversos dispositivos correspondentes do Código Comercial.

Não se tratou, aí, de revogação de norma especial pelo advento de outra de caráter geral, como pode parecer à primeira vista. É que o Código Civil, entrando em vigor quase setenta anos após o Código Comercial, já incorporou em seu texto muitas disposições de cunho nitidamente comercial que, pelo fenômeno da generalização, migraram do direito comercial e se tornaram comuns, revogando aquelas correspondentes, estratificadas no corpo do Código Comercial, sem a atualização necessária às exigências das novas realidades.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor conferiu tratamento geral, há muito esperado, para os contratos decorrentes das atividades em massa, mediante regras que, consagrando algumas conquistas da doutrina e da jurisprudência, dispuseram sobre os contratos de adesão, sobre as cláusulas ou condições gerais dos contratos celebrados em massa e sobre a responsabilidade do fabricante ou produtor e do fornecedor de bens e de serviços por culpa contratual e extracontratual e, até, independentemente de culpa. Aliás, nesse ponto, não pode deixar de ser lembrada, também, a responsabilidade objetiva das empresas por danos ambientais, que ficou mais claramente consagrada na Lei 6.938/1981.

Na Lei 9.605/1998, que atualmente rege a proteção ambiental, foi vetado o texto da responsabilidade objetiva, aprovado pelo Congresso Nacional (art. 5.º do projeto) sob a justificativa de já estar prevista no art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981.

Nessa perspectiva expansionista, a Lei 4.068/1962, apesar de lacônica, considerou mercantis as empresas de construção, autorizando-as a sacar duplicatas contra as pessoas que com elas celebrassem contratos no ramo de suas atividades, inserindo-as na qualificação jurídica de comerciantes. A Lei 4.591/1964, por igual, previu o tratamento a ser dado aos contratos de aquisição de unidades autônomas na falência do incorporador comerciante.

O incorporador pode ser o dono do imóvel e, nesse caso, não se enquadrar no conceito de empresário, por não exercer por profissão a incorporação imobiliária. A previsão legal,

portanto, destina-se a regular o incorporador empresário, mais precisamente quem se dedica profissionalmente à atividade de incorporação imobiliária ou às empresas de construção civil – mais um forte argumento para considerar que, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, as operações imobiliárias, quando praticadas de forma profissional e organizada, estavam inseridas no âmbito do direito comercial. Isso corroborava meu entendimento, externado naquela época, de não ser mais possível fazer distinção entre contrato civil e mercantil para fins de definir o regime jurídico aplicável a cada qual, visto que o tratamento dicotômico só podia ser definido a partir da técnica utilizada na sua celebração, ou seja, da verificação de o contrato (sem averiguação de sua natureza) estar inserido ou não na atividade daquele que o celebrava em caráter profissional (*Apontamentos de direito comercial*, p. 88-91).

A seu turno, a Lei 6.019/1974, estendeu o regime falimentar às empresas de trabalho temporário, tornando indiscutível, se antes já não o eram, a submissão das atividades de prestação de serviços ao regime jurídico do comerciante ou empresário.

Os representantes comerciais tiveram seu estatuto próprio com a Lei 4.886/1965, que lhes atribuiu independência e autonomia no exercício de suas atividades, firmando-se o entendimento de que deviam ser incluídos na categoria de comerciantes, apesar da resistência inicial de algumas Juntas Comerciais em arquivarem declarações de firma individual e contratos sociais de sociedades destinadas ao exercício da atividade de representação comercial.

A posição inicial das juntas comerciais era de não considerar como comerciante o representante comercial. Sustentava-se que, não exercendo ele a mercancia em nome próprio, desempenharia simples mediação não comercial. Mas, como objetou RUBENS REQUIÃO, “a ênfase que essa corrente atribui à condição do exercício do comércio em nome próprio, do ato de comércio, para caracterizar a comercialidade, está longe de ser fundamental na teoria do direito comercial brasileiro” (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 124, p. 144). Lembrou o mestre paranaense, então, da figura do corretor, protótipo do agente mediador, que era catalogado entre os comer-

cientes, apesar de não exercer a mercancia em nome próprio, por estar sua atividade elencada no § 2.º do art. 19 do Regulamento 737, de 1850. E concluiu que, por extensão analógica, aí estaria incluída essa nova atividade, de representação comercial (p. 144-145). A esse entendimento curvaram-se, posteriormente, os órgãos do Registro do Comércio. Ainda sobre o assunto, RUBENS REQUIÃO, *Do representante comercial*, n. 12, p. 37-49, e RUBENS EDMUNDO REQUIÃO, *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*, p. 114-115.

O regime jurídico especial, de intervenção e liquidação extrajudiciais coativas dos bancos e demais casas bancárias, visando à preservação de atividade reputada essencial (preservação da empresa) também surgiu posteriormente para tentar melhor regular sua insolvência e permitir sua manutenção no mercado, sendo estendido, por leis posteriores, a outras empresas em razão da natureza da atividade por elas exercida.

A liquidação extrajudicial voluntária dos bancos e casas bancárias foi introduzida pelo Dec. 19.479/1930. Processava-se por iniciativa deles e “de acordo com a lei de falências, mas fora de juízo, sob a direção de um liquidatário eleito pela maioria dos credores e sujeito à fiscalização de um delegado do Governo” (WERTER FARIA, *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras*, p. 7-11).

O critério de extensão do regime de liquidação extrajudicial a outras empresas em razão da natureza da atividade foi o de serem reputadas relevantes para a economia nacional. Atualmente o regime de intervenção e liquidação extrajudicial aplica-se às seguradoras, às usinas de álcool e açúcar, aos consórcios, aos fundos mútuos e formas associativas assemelhadas, às sociedades de crédito real e de capitalização, bem como às distribuidoras e corretoras de valores e títulos mobiliários. (A respeito, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 230, n. 520.) A partir da Constituição de 1988 as cooperativas ficaram fora desse regime.

A Lei 8.934/1994, reorganizando a matéria regulada pela anterior Lei do Registro do Comércio (4.726/1965), criou o Registro das Empresas Mercantis e Atividades Afins para nele serem arquivados, salvo exceções previstas em outra

lei, as declarações de firma individual e os atos constitutivos de cooperativas e de sociedades comerciais, independentemente de seu objeto.

A questão do que seria uma sociedade mercantil ou civil não ficou por essa lei resolvida, como chegaram a afirmar alguns doutrinadores (THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. Caderno Especial da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro*, n. 236, p. 3; JOÃO BATISTA MORELLO NETTO, *Registro público de empresas mercantis e atividades afins*, RDM v. 96, p. 75-76). Como observei na ocasião, “trata-se de visão equivocada, já que, ao determinar que fossem arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis todos os atos constitutivos de sociedades de forma mercantil, independentemente do objeto, o legislador simplesmente definiu o local de registro dessas sociedades, sem dispor que lhes fosse aplicado o regime jurídico próprio das sociedades comerciais (*Lições de direito societário*, v. 1, p. 42, n. 15).

Essa enumeração poderia prosseguir com a indicação de outras leis, mesmo de outros ramos do direito, como a Lei 1.521/1951, que dispôs sobre os crimes contra a economia popular (que, por exemplo, introduziu restrições à noção do direito de propriedade relativamente aos bens destinados ao abastecimento do mercado), a Lei 6.938/1981, alterada em parte pela Lei 9.605/1998, que tratou da responsabilidade da empresa por danos ambientais, e as Leis 4.137/1962, 8.002/1990, 8.158/1991 e 8.884/1994 (hoje substituída pela Lei 12.529/2011), que regularam a repressão do abuso do poder econômico praticado por empresas em geral (com regras sobre práticas comerciais restritivas da concorrência, aumento arbitrário de lucros etc.), todas influenciando ou repercutindo na delimitação do conteúdo do direito comercial no ordenamento jurídico nacional.

Porém, dentre todas essas alterações, a mais recente e importante foi a que veio com o Código Civil de 2002. Nessa oportunidade, o eixo das atenções do direito comercial legislado abandonou sua vinculação às bases de 1850 (mercancia, comerciante, matéria de comércio, atos de comércio), que ao intérprete tanta perplexidade trouxeram, para centrar-se na figura

do empresário, compreendido como aquele que desenvolve organizadamente uma atividade econômica de produção ou de circulação de bens ou de serviços no mercado. Foi afastado, assim, o resquício individualista, que ainda impregnava nossa legislação ordinária, para relevar, no contexto da atividade econômica, a estrutura empresarial como engrenagem de movimentação das riquezas.

É preciso considerar, contudo, que a determinação do conteúdo do direito comercial não se pode restringir à análise da matéria tratada pelo referido Código, uma vez que, por causa do regramento parcial nele contido, para esse mister é indispensável levar em conta, não só as regras previstas em leis extravagantes mantidas em vigor, “referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis” (CC, art. 2.037), como ainda, e sobretudo, as disposições constitucionais definidoras da ordem econômica adotada em nosso País.

Por isso, além das referências legislativas que influíram no caminho evolutivo do direito comercial brasileiro, é importante que sejam observadas e colocadas em destaque, as mutações verificadas no *plano constitucional*, onde permeiam normas norteadoras de toda nossa legislação ordinária.

XIX. As Constituições brasileiras

É bom não esquecer que, quando do advento do nosso Código Comercial, vigorava a Constituição Imperial de 1824. De lá para hoje verificaram-se mudanças substanciais, não só relativas à estrutura do Estado, mas também de suas diretrizes jurídicas, econômicas, sociais e políticas.

Se, por um lado, desde a independência, o Brasil seguiu a filosofia do liberalismo econômico, de outro, só na Carta Política de 1930 o “sopro da socialização” fertilizou esse modelo (JOSAPHAT MARINHO, A ordem econômica nas constituições brasileiras. *Revista de Direito Público*, v. 19, p. 50-59) e, apenas a partir da Constituição de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, é que foram consignados os primeiros princípios e normas sobre a ordem econômica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 666).

Nossa doutrina comercialista, no entanto, preocupada com a análise das leis ordinárias que se entulhavam na regulação e no aperfeiçoamento das relações jurídico-privadas de natureza econômica, descurou-se, com raríssimas exceções, dos referenciais constitucionais que deviam ser tomados em conta para o balizamento e para a perfeita compreensão dessa matéria. Como é sabido, esses referenciais constitucionais, essencialmente a partir do advento da nossa Carta Política de 1988, e do desenvolvimento da chamada teoria material da Constituição (na linha da concepção normativo-realista, pensamento jurídico que orienta esta exposição – item II *supra*), apontam para os valores igualitários de Justiça, ou seja, para aqueles valores que, antes desprezados pela visão marcadamente formalista do direito (no apogeu do positivismo), culminaram por se constitucionalizar em princípios que, por isso, não mais podem ficar relegados ao simples papel de preencher lacunas da legislação infraconstitucional, mas se alçam à condição de regras condutoras da aplicação e do alcance das próprias disposições constitucionais, na moderna concepção de um “Estado principialista”, como bem o define PAULO BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*, p. 17-19).

Toda nossa legislação ordinária, pouco importando o ramo do direito onde se insira, está subordinada, portanto, à observância desses *princípios*, desses comandos contidos na Constituição, que têm de ser por ela respeitados e que influem decisivamente no seu alcance e na sua interpretação.

Nossa Lei Fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art. 1.º, IV), a construção de uma sociedade mais justa (art. 3.º, I), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5.º, XIII) e a defesa dos direitos do consumidor (art. 5.º, XXXII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos). Do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional implícito da *preservação da empresa*, como forma de assegurar seu cumprimento.

Esses são, sem dúvida, os esteios do regime capitalista e liberal adotado, que culmina por

assegurar “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único).

Mas essa liberdade de exercício da atividade econômica não é, por certo, absoluta. Impôs-lhe limites a própria Constituição, não só quando estabeleceu o monopólio da União Federal relativamente a certas atividades (art. 177 e incisos), mas também quando fixou os princípios que a condicionaram (art. 170 e incisos), bem assim quando ordenou a repressão do abuso do poder econômico visando à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º) e, ainda, quando determinou ao agente econômico atuação dentro dos limites de respeito ao meio ambiente, à economia popular, aos direitos do consumidor etc.

Vale lembrar que as Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995, e 36/2002 suprimiram várias das restrições que o texto original da CF/1988 impunha à iniciativa privada, seja pela eliminação das reservas de mercado concedidas às empresas brasileiras de capital nacional, seja pela quebra da maioria dos monopólios, mesmo no caso de terem simplesmente facultado a prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão – o que ampliou, em consequência, o campo da atividade pública a ser explorada por agentes particulares.

Com fulcro nessas diretrizes constitucionais e no conjunto de normas dispostas em diversas leis ordinárias, posteriores ao Código Comercial de 1850, já era possível determinar, mesmo antes da chegada do Código Civil de 2002, um novo âmbito de abrangência do direito comercial brasileiro, senão igual, muito próximo àquele ao qual se chega pela análise das legislações de outros países (n. XIV *supra*), com uma visão bem mais ampla e atualizada do que aquela que o vinculava ao quadro tradicional edificado com o desenvolvimento da teoria dos atos de comércio, da matéria de comércio e da figura individualista do comerciante. (Ver, do autor, *Apontamentos de direito comercial*, p. 72-74.)

XX. **Âmbito do direito comercial brasileiro**

De todo esse apanhado pode-se dizer, em retrospecto, que o direito comercial brasileiro já há muito tempo deixara de ser o direito contido no Código Comercial. Para atender as sempre crescentes exigências do tráfico mercantil, diversas leis esparsas passaram a ser editadas, trazendo novas regras, revogadoras daquelas que entraram em vigor em 1850, e que deram os primeiros contornos de nossa disciplina no Brasil-colônia.

Apesar de os comercialistas pátrios, diante do problema da enumeração dos atos de comércio (dos atos considerados caracterizadores da mercancia), terem-na reputado exemplificativa pela necessidade de abranger as novas técnicas de comércio e novas formas de contratar surgidas com a prática mercantil, pouco se avançou na atualização do conteúdo do nosso direito comercial enquanto não revogadas, pelo Código Civil vigente, as bases do código oitocentista. Presas a um normativismo extremado, tanto a doutrina como a jurisprudência supervenientes repudiaram a inclusão, no seu âmbito, de outras atividades, que floresceram com os usos do mercado, como as relativas a imóveis e a prestação de serviços.

Grande parte do equívoco provinha do relevo que era dado à enumeração dos atos de comércio nos arts. 19 e 20 do Regulamento 737/1850, que, como dito anteriormente, em face do conjunto das alterações legislativas ocorridas após a edição do Código Comercial, já se encontravam revogados (item XVII *supra*).

O Código Civil de 2002, ao trazer o empresário para o centro do sistema, definindo-o como quem exerce atividade econômica de forma organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, alterou os termos da polêmica: adotou como regra geral, o exercício organizado de toda e qualquer atividade econômica, independentemente da natureza dos atos que a identifiquem, excluindo do respectivo regime, apenas, os que desenvolvem atividade intelectual (art. 966, parágrafo único) e rural (arts. 971 e 984).

Sobre a nova polêmica, resultante da inserção dos que se dedicam à atividade intelectual no regime jurídico do empresário "quando o exercício da profissão constituir elemento de empresa", reporto-me aos comentários ao art. 966, que vêm adiante (n. 5 *infra*).

De todo modo, voltou-se o Código Civil para regular o protagonista da atividade econômica, o que acentua o abandono do cunho objetivista que, segundo a maioria dos doutrinadores pátrios, teria ingressado no sistema jurídico brasileiro pela enumeração dos atos de mercancia contida nos referidos dispositivos do Regulamento 737. Assim, se ainda tinham algum, perderam todo sentido as discussões acerca dos atos de comércio para a delimitação da matéria de comércio que estaria submetida ao seu tratamento. Matéria de comércio é só e toda aquela que se contém no desenrolar da atuação profissional do empresário, ou, mais precisamente, do agente econômico em sua moderna concepção.

Não faz mais sentido, também, a inserção do direito marítimo na esfera de abrangência do direito comercial, porquanto, sob o enfoque do empresário, seus limites têm outro traçado. As atividades econômicas desenvolvidas no mar ou no ar ficam submetidas ao direito de empresa, se exercidas por um agente econômico com o preenchimento das exigências do art. 966 do Código Civil, com as particularidades próprias que possam possuir (como o perigo do mar, por exemplo). Os demais institutos do direito marítimo, do direito aeronáutico e de qualquer outro ramo do direito que não envolvam o exercício de atividade econômica sob forma de empresa não são afetados e continuam sujeitos à respectiva disciplina.

Mas não é só no Código Civil que se deve buscar o núcleo e o âmbito do direito comercial, ali designado de direito de empresa, e sim na legislação brasileira como um todo. Também não deve impressionar nem influenciar o raciocínio a *summa divisio*, isto é, a divisão clássica do direito nos dois grandes ramos – direito público e direito privado. É preciso lembrar, antes de tudo, que da prática do comércio em geral, do exercício organizado da atividade mercantil, isto é, da atividade econômica, cuida nossa Constituição em diversas passagens alheias a essa dicotomia.

Nela, como visto, estão fixados os princípios vetores da ordem econômica constitucional, dentre eles o da busca do pleno emprego, da liberdade de iniciativa, da defesa do consumidor e do meio ambiente etc., bem como os limites que condicionam o empresário em sua atuação no mercado (monopólios, autorização, abuso do poder econômico, e assim por diante).

FABIO ULHOA COELHO é um dos primeiros comercialistas nacionais que, no estudo e no delineamento do direito empresarial, releva os "pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial" (*Manual de direito comercial*, n. 6, p. 15). A respeito dos princípios constitucionais orientadores da nossa ordem econômica, EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação de crítica*, n. 94 -160, p. 214-322). O tema foi por mim enfrentado nos já referidos *Apontamentos de direito comercial* (p. 72-74).

Obtempero, a propósito, que essa visão mais ampla do direito de empresa não significa tentativa de estender suas fronteiras para conter as normas que hoje compõem o chamado direito econômico, isto é, o direito público da economia, visto que sua essência (do direito de empresa) está na regulação das relações jurídicas privadas, entre empresários e entre estes e os destinatários de suas atividades. A regulação do mercado, das práticas que se refletem no campo macroeconômico, não está pelo direito de empresa abrangida.

Não posso deixar de registrar, ainda, uma tendência de desmistificação da personalidade do agente econômico para estender o regime jurídico do direito de empresa às estruturas, como centros de imputação de interesse, notadamente no campo da responsabilidade civil, como já ocorre com as normas de proteção ao consumidor (CDC, art. 3.º) e do mercado em geral (Lei 12.529/2011, de Defesa da Concorrência, art. 31).

Sob a perspectiva de que o direito comercial regula o comerciante – *rectius*, que o atual direito comercial ou direito de empresa regula o empresário – no exercício de sua atividade profissional, devem-se determinar os contornos de seu conteúdo, portanto, a partir do regime

econômico adotado pela Constituição brasileira. Como direito especial, há de abranger quem quer que, segundo a Constituição brasileira, seja considerado agente da atividade econômica na ordem privada. Numa interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais, extrai-se que por atividade há de se entender aquela exercida em caráter profissional, de modo constante e em série ou em escala, o que supõe organização e padronização, repelidas outras formas de atuação econômica pautadas em comportamentos pessoais e diferenciados ou no agir ocasional.

A depuração da atividade que requer tratamento peculiar veio a ser feita no Código Civil, ao afastar do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual (dificilmente prestada de modo repetitivo, por atos iguais e em massa) e quem se dedica à atividade rural (normalmente dependente de safras e suscetível de se exaurir em um ou poucos atos esporádicos de transferência da produção). Em parcial atendimento à regra constitucional de estímulo às microempresas e empresas de pequeno porte, o Código também previu tratamento mais informal ou menos rigoroso ao pequeno empresário (embora, como oportunamente será visto, essas figuras não se equivalham).

A atividade intelectual é pré-excluída do âmbito do direito comercial por não comportar, em regra, atuação organizada ou padronizada (CC, art. 966, parágrafo único). O pintor, o escritor, o advogado produzem de acordo com a aptidão, inspiração e disposição pessoais, de modo diferenciado – fatores que inviabilizam qualquer programação prévia de produção, apesar de o resultado de sua produção intelectual poder ser explorado empresarialmente.

A seu turno, o art. 970 do Código Civil determina que a lei assegure “tratamento favorecido, diferenciado e simplificado”, tanto ao empresário rural como “ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”, dispondo seu art. 971 que “o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que trata o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”. (Leia-se, a respeito, a tese de

doutoramento em direito comercial de WILLE DUARTE COSTA sobre *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*).

Gravitando em torno do empresário (na nova figura de agente econômico, assim designada pela Constituição Federal), o direito de empresa trata, portanto, da sua pessoa (de seus direitos e obrigações enquanto profissional) e de tudo que envolve o exercício da atividade por ele abraçada: dos bens e das relações jurídicas a ela inerentes (do estabelecimento comercial e seus elementos, da atividade que exerce, *id est*, dos negócios jurídicos que, enquanto tal, celebra com terceiros etc.).

Já se observou que, desenvolvendo sua atividade, o empresário necessita de uma organização – ou seja, de uma estrutura que, em movimento, vem a ser a *empresa*, da qual decorrem as peculiaridades que justificam o tratamento especial de que cuida esse direito especial.

Novo paralelo com o direito comparado que, dado o cunho cosmopolita de nossa disciplina, presta forte contribuição para a interpretação de suas normas, mostra que, aqui como alhures, essas peculiaridades são as mesmas, ressaltando a necessidade de tutela das negociações em massa realizadas pelo empresário no exercício da atividade econômica a que se dedica.

Por isso, também no Brasil, o direito de empresa, já pelas normas constitucionais antes referidas, já pelas novas disposições de leis ordinárias, está claramente voltado para disciplinar a figura do *agente econômico* que profissionalmente põe-se a realizar negócios em série, repetidos e uniformes, com conduta padronizada a lhe exigir a adoção de uma estrutura organizada (sob forma de empresa, portanto), e tudo aquilo que deriva dessa sua atividade.

Verifica-se, pela atenta observação da realidade, que nosso Código Civil, à semelhança do ocorrido nos sistemas estrangeiros do século passado, encampou os mesmos critérios para a qualificação do empresário, destinatário de suas normas: *qualitativo* (natureza da atividade e modo de exercício) e *quantitativo* (atuação em massa, em cadeia, que impõe adoção de

comportamento padrão e organização para seu exercício) (item XV *supra*).

De resto, não se pode negar que, também no Brasil, esse direito acusa *mudança* constante do seu conteúdo. O empresário, sempre buscando aprimorar sua atividade para melhor enfrentar a concorrência e servir à clientela, dentro da ampla liberdade de contratar que lhe proporciona o regime econômico aqui adotado, cria ou importa da experiência internacional novas práticas, novas técnicas de comercialização, novas formas de produção e de circulação de riquezas, novas estruturas para atuar no mercado, daí nascendo novas espécies de contratos e novos institutos jurídicos que ao direito de empresa cumpre regular.

Essa constante, que se traduz no fenômeno da *ampliação* do campo de abrangência do direito comercial brasileiro, põe em evidência o lugar de destaque que deve ser reservado para os usos e práticas mercantis que precedem as leis que os consagram, como, também, a impossibilidade de que ocorra uma unificação total e permanente do direito obrigacional.

Questiona-se, por exemplo, se a teoria das nulidades não deve sofrer tratamento diferenciado, à vista da impossibilidade de retorno à situação anterior ou, mais precisamente, de serem desconsiderados os efeitos já produzidos por relações jurídicas dinâmicas praticadas em série. Tenta-se, também, amenizar os efeitos do erro na manifestação de vontade para efeito de anulação de contratos. Por outro lado, há uma gama de novos contratos exclusivamente mercantis, ainda não contemplados em lei, além de outros já regrados, mas que ainda não têm aplicação geral. Era o que ocorria, por exemplo, com a alienação fiduciária em garantia, antes reservada a instituições financeiras e empresas de consórcio de bens de consumo duráveis, que o Código Civil generalizou sob a rubrica de propriedade fiduciária. E há também contratos normatizadores da atividade empresarial, estranhos à disciplina do direito comum, que estão a merecer a elaboração de uma teoria geral, contratos de duração que regulam o relacionamento entre empresas, de que são exemplos os de concessão mercantil, de distribuição, de franquia, de representação comercial, de centros comerciais, tudo sem contar com a questão

da responsabilidade objetiva, que já teria sido introduzida em nosso País com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

As normas sobre contratos e obrigações mercantis, com o passar do tempo, tiveram sua aplicação estendida às relações entre particulares em geral e, naquilo que continham de especial, acabaram incorporando-se, pela *generalização*, ao direito comum, isto é, ao direito civil (item I *supra*). Foi o que ocorreu com muitas das disposições que figuravam no Código Comercial (então especiais), consolidando-se naquelas mais novas, do Código Civil de 1916, quando este veio a lume meio século depois, tudo resultando na unificação da matéria obrigacional com a chegada do Código Civil de 2002.

Aliás, nesse ponto, reitero que praticamente todas as disposições relativas às obrigações e contratos que se encontravam no Código Comercial decimonônico, não referentes a contratos tipicamente mercantis, já teriam sido revogadas com as disposições a respeito, consagradas pelo Código Civil de 1916. Não se trata de sustentar que a norma geral (do Código Civil) revogara a especial (do Código Comercial), mas de levar em consideração o fenômeno da *generalização* das normas comerciais, que já as tornara comuns, influenciando a elaboração das subsequentes disposições da lei civil editadas quase setenta anos depois.

De fato, uma análise cuidadosa e comparativa de ambas mostra que as regras sobre contratos e obrigações, que figuraram no Código Civil de 1916, estavam muito mais afinadas com as características próprias do direito comercial do que aquelas que no Código Comercial dormitaram por mais de século. Tome-se, como exemplo dessa assertiva o princípio do *dies interpellat pro homine*, consagrado no art. 960 do Código Civil de 1916, que se consonava muito mais com a exigência de celeridade das operações mercantis do que a velha regra do art. 138 do Código Comercial. Tratava-se de norma típica de direito comercial, aqui introduzida pioneiramente em nossa legislação para aplicação específica no campo do direito cambiário (Dec. 2.044/1908, art. 17), mas que já havia sido absorvida pelo direito comercial alienígena, influenciando a atualização das disposições do direito comum dos respectivos países, daí importadas por nós quando da elaboração de nosso Código Civil de 1916.

Em consequência disso, e tendo em conta que o direito comercial ou de empresa, como já demonstrado, é um direito especial em relação ao direito civil (ao direito comum), o que se generalizou deixou de ser objeto de seu tratamento.

Por isso, todas as regras e institutos mercantis que hoje têm aplicação geral, porque não decorrentes nem inseridos necessariamente no exercício da atividade profissional do comerciante, melhor dizendo, do empresário (como os títulos de crédito, as regras sobre contratos em geral etc.), não mais estão sujeitos ao seu disciplinamento; migraram para o direito comum, causando, portanto, a correspondente *redução* do conteúdo sobre o que antes versava aquele direito especial.

À exceção da duplicata e de outros títulos inerentes à atividade mercantil (como o conhecimento de frete, o conhecimento de depósito e o *warrant*), que ainda se contêm nos limites da esfera da atuação do empresário, todos os demais, como as cambiais – que lhes servem de base e cujas disposições lhes são supletivas – tiveram seu uso generalizado e suas regras são as mesmas, sejam elas emitidas em decorrência de uma atividade mercantil ou em razão de um negócio jurídico isolado qualquer, celebrado entre particulares. Tanto elas quanto os demais títulos cambiariformes estão sujeitos, portanto, a um único disciplinamento, embora específico para atender às peculiaridades que os envolvem, mas não mais podem ser considerados no âmbito de um direito especial próprio de empresários.

Não se consideram mais típicos de direito comercial, face à generalização, todos os contratos utilizados pelos particulares em geral, como a compra e venda, a permuta, a locação, bem como os títulos de crédito e os valores mobiliários. Não tendo mais o ranço objetivo, o direito comercial deixou de regular tais contratos, traçando normas para regulá-los apenas quando praticados repetidamente, em caráter profissional, no evolter da atividade econômica exercida pelo empresário. E aí há um arsenal de disposições no Código de Defesa do Consumidor que complementam as raras regras trazidas a respeito pelo Código Civil de 2002, todas de cunho nitidamente empresarial, que se devem

reputar inseridas, por isso, no atual âmbito do direito de empresa.

Poucas e tímidas previsões do Código Civil são identificáveis como normas especiais, inerentes à atividade empresarial, valendo citar, a guisa de exemplo, as relativas aos contratos de adesão (arts. 423 e 424), a de rescisão unilateral de contratos que impõem investimentos para sua execução (art. 473, parágrafo único) e a de venda de bem móvel por quem não seja proprietário (art. 1.268), que, em regra, não transfere a propriedade (norma geral), salvo se oferecido ao público, em leilão ou estabelecimento comercial (norma especial).

As novas exigências do atual estágio de evolução da economia, perante a ideologia e os postulados traçados pela Constituição, norteiam o atual núcleo do direito comercial. Elas se contêm:

(a) nas disposições relativas às *estruturas* para o exercício da atividade econômica;

(b) nas que determinam *limitações à atividade mercantil* do empresário ou da empresa (tomado esse último vocábulo aqui, excepcionalmente, no sentido de protagonista da atividade econômica);

(c) nas regras relativas ao *regime jurídico especial* dos bens (v.g., estabelecimento comercial) e *contratos* dessa atividade decorrentes (como as que dizem respeito aos consumidores, destinatários da atuação profissional do empresário);

(d) ou nas que a ela são inerentes (como os denominados contratos “interempresariais”), relativas à proteção ambiental, definidoras da concorrência desleal ou ilícita, referentes às práticas comerciais abusivas e a outros comportamentos vedados pela lei que dispõe sobre o abuso do poder econômico (nas relações entre particulares, não abrangidas pelo direito econômico); bem como;

(e) nas disposições protetoras do crédito da população (referentes ao tratamento do empresário insolvente, como a falência, a recuperação empresarial, a intervenção e a liquidação extrajudiciais), guiadas pelo princípio constitucional implícito da preservação da empresa, e assim por diante.

Remanescem, por isso, no campo do direito de empresa os contratos exclusiva ou tipicamente empresariais, como o de faturização, os bancários em geral e os demais que só são celebrados no desenrolar da atividade profissional do empresário. Nesse ponto, assumem particular destaque os acima referidos contratos entre empresas, como os de franquia, concessão mercantil, distribuição e representação comercial, só este último tratado pelo Código Civil, no gênero do denominado contrato de agência (arts. 710 a 721).

Os demais institutos contemplados em leis esparsas, referentes a comerciantes, a sociedades comerciais e atividades mercantis continuam em vigor (CC, art. 2.037) e integrando o conteúdo do direito comercial brasileiro, mesmo sob a roupagem de direito de empresa (PAULO SALLES DE TOLEDO, *A empresa e o empresário no novo Código Civil. Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, n. 8, p. 500-501), cuja essência será objeto dos comentários que são feitos a seguir, de forma analítica, artigo por artigo.