

TULLIO ASCARELLI

CATEDRÁTICO DA UNIVERSIDADE DE BOLONHA,
PROFESSOR CONTRATADO DA FACULDADE DE
SÃO PAULO

PANORAMA DO
DIREITO COMERCIAL



SARAIVA & CIA
LIVRARIA ACADÊMICA
Fundador JOAQUIM IGNACIO FONSECA SARAIVA

Editores
Livros e
Industriais

LARGO DO OUVIDOR, 28 - S. PAULO
1947

I AULA

Resumo:

1 — Duplicidade de sistemas no direito privado. 2 — Relação com o problema da autonomia ou especialidade de um ramo de direito. 3 — Posição do direito comercial. 4 — Caráter histórico da distinção entre direito civil e comercial. 5 — A distinção entre direito comercial e direito civil. 6 — Direito comercial e lavoura. O sistema dos atos de comércio. 7 — Distinção entre dois problemas diversos. 8 — Origem histórica do direito comercial. 9 — Primeiros problemas resolvidos. 10 — Caráter internacional. 11 — Evolução sucessiva. 12 — O problema da circulação dos direitos. 13 — A progressiva ampliação do campo de aplicação do direito comercial. 14 — Aproximação entre o direito comercial e o direito geral das obrigações. 15 — Função do direito comercial. 16 — Caráter do direito comercial. 17 — Características do direito comercial.

1 — Pode-se notar, embora não se trate de um fenômeno constante ou uniforme, que o direito privado apresenta-se, com freqüência, distinto e separado em dois sistemas diversos; de um lado o sistema do direito tradicional, de outro lado um sistema equitativo, mais sensível às novas exigências que se vêm apresentando e que, portanto, elabora e sistematiza, em contraposição ao direito tradicional, novos princípios que, embora inicialmente de exceção, passam, no decorrer da evolução histórica, a constituir direito comum.

Assim, no direito romano clássico, o *jus civile* de um lado e o *jus honorarium* de outro lado, apresentam-se como distintos e contrapostos, às vezes até regulando, concorrentemente, idêntica matéria e dando por isso lugar a duas séries de conceitos paralelos: propriedade quiritária e propriedade bonitária; *hereditas* e *bonorum possessio* e assim por

diante. Mas, no desenvolvimento histórico sucessivo, aquêles princípios que, de início, foram-se estabelecendo apenas *corrigendi vel suplendi gratia* do direito comum, passam a ter aplicação cada vez mais vasta, chegam a constituir, por seu turno, princípios de caráter geral e é então que deixa de ter sentido a distinção dos dois sistemas, de início contrapostos, e se opera a fusão de ambos.

Anàlogamente, no direito inglês, *common law* e *equity* apresentam-se de início distintas e contrapostas, assente, a primeira, na obra unificadora dos juizes, a segunda, nos poderes extraordinários da *Chancery*. Por isso, também acontecia regularem, concorrentemente, idêntica matéria, chegando-se a distinguir, então, uma propriedade reconhecida em *common law* e uma propriedade reconhecida em *equity*, com nítida contraposição de normas jurídicas substanciais e, ainda, de jurisdição. Mas, também aqui, se foi progressivamente processando uma fusão, sancionada legislativamente na Inglaterra com o *judicature act* de 1873 que estabeleceu a prevalência das regras da *equity*. Os dois sistemas acabaram assim por se fundirem embora, ainda hoje em dia, a originária distinção entre ambos continue viva na tradição doutrinária e jurisprudencial.

2 — O problema que se costuma chamar da autonomia ou especialidade de um direito pode ser, parece-me, encarado de dois pontos de vista que poder-se-iam respectivamente chamar de sistemático o primeiro e de histórico o segundo, sendo êste último, talvez, o mais interessante.

Do ponto de vista histórico, com efeito, podemos falar em direito especial com respeito a normas e princípios que, embora de início aplicados apenas em um âmbito particular e em contraste com o direito comum, são, entretanto, em tese, aplicáveis a um âmbito mais vasto e suscetíveis de aplicação geral e que, com efeito, no desenvolvimento histórico sucessivo, acabam, em correspondência com o desenvolvimento das relações econômicas e sociais, por serem aplicados em um âmbito sempre mais vasto, até fundir-se no direito comum; ditados de início *corrigendi vel supplendi gratia* acabam no fim do desenvolvimento histórico por constituir o próprio direito comum.

3 — O direito comercial apresenta-se, hoje em dia, como um direito especial no sentido sistemático, como um conjunto de normas que regulam uma determinada matéria consoante determinados princípios de caráter geral.

Constitui, entretanto, antes de mais nada, se considerado no quadro geral do direito comparado

e no conjunto da sua evolução histórica, um direito especial no sentido histórico e é sob êste aspecto, e atendida a função historicamente preenchida pelo direito comercial em contraposição ao direito comum, que melhor se entende a sua autonomia e o seu papel, os próprios problemas que hoje se apresentam quanto à sua reforma e quanto à unificação do direito das obrigações (unificação de que nem sequer se poderia cogitar caso o direito comercial não constituísse uma categoria histórica) e, finalmente, a sua contribuição para o direito comum.

4 — Com efeito, se em cada sistema positivo há e houve normas peculiares ao comércio, a divisão, entretanto, do direito privado em dois sistemas, o direito civil e o comercial, era alheia ao direito romano como é alheia ao direito inglês desde o século XVIII, ambos assentes, ao contrário, — e o fenômeno não é talvez casual, — naquela outra bipartição há pouco lembrada.

A divisão do direito privado em dois ramos contrapostos, o direito civil e o direito comercial, correlativa, aliás, até pouco tempo, com uma distinção jurisdicional, apresenta-se peculiar aos sistemas romanísticos que se foram constituindo na Europa continental sôbre a base dos textos romanos transformados e elaborados pela interpretação

dos juristas e aos sistemas da América latina que, sucessivamente, derivaram dos primeiros.

5 — O direito comercial não pode, realmente, distinguir-se dos demais ramos do direito, consoante aquêles critérios que facultam em qualquer sistema jurídico distinguir o direito substantivo e o processual, o direito civil e o criminal e assim por diante. Apresenta-se o direito comercial *prima facie*, como uma subdistinção do direito privado.

Embora constituído prevalecentemente de normas de direito privado, o direito comercial não contém, entretanto, exclusivamente normas dessa espécie, bastando, para mostrá-lo, lembrar no que respeita ao processo executivo, o instituto da falência, e no que respeita ao processo de cognição, as normas peculiares, em muitos sistemas, ao processo comercial. Poder-se-ia realmente, falar em um direito comercial substantivo e em um direito comercial processual. Aliás, mesmo no âmbito do direito privado, o direito comercial tem um caráter “fragmentário”, embora, no seu conjunto, as suas normas se apresentem orientadas consoante determinados critérios gerais.

O direito comercial não é o direito da distribuição e produção da riqueza, em contraposição ao direito do consumo, como foi afirmado recentemente

te, pois que, de um lado, não abrange a atividade agrícola e, com freqüência, o comércio imobiliário e, de outro lado, compreende os atos comerciais unilaterais (e por isso, afinal, também o momento do consumo) que, consoante alguns direitos, como o código italiano de 1882, estão integralmente sujeitos às disposições do direito comercial.

Não é, o direito comercial, o direito da circulação, embora haja nesta tese tradicional um grande fundamento de verdade, pois que, apesar da importância central do fenômeno da circulação no direito comercial e até da possibilidade de, com fundamento na circulação, explicar algumas peculiaridades de institutos que não a disciplinam diretamente, não regula ele apenas, nem tôda, a circulação dos bens.

Não é o direito comercial, o direito da intermediação, pois que não podem qualificar-se como de intermediação os atos cambiais e a produção industrial, a não ser, como acontece com Rocco, por meio de uma conexão presumida *juris et de jure*, o que já demonstra a falta de acêrto desta construção, se entendida de modo rigoroso.

Não é, o direito comercial, o direito das empresas, pois que de um lado, não abrange as empresas agrícolas (e, note-se, a exploração agrícola sob forma de empresa no que respeita à sua

organização interna é, até, historicamente anterior à análoga organização do comércio ou da indústria); de outro lado, abrange consoante muitos direitos o ato de comércio ocasional e, em todos, os atos cambiais que, não se prendem necessariamente, hoje em dia, qualquer que fôsse a situação historicamente originária, a uma empresa ou atividade sistemática, nem a relações entre empresas.

Pode-se, talvez, acrescentar que a teoria da empresa confunde às vezes, em uma única afirmação elementos diversos. Ela é exata quando indica objetivamente, um determinado sistema de organização técnico-econômica; errônea quando, levada para o terreno subjetivo, identifica na "empresa" um sujeito de direito, o que é raramente "afirmado", sendo entretanto, com frequência, "semi-afirmado".

Igualmente, a teoria da empresa é exata quando indica o critério em virtude do qual a atividade industrial chegou a ser abrangida pelo direito comercial no curso da sua evolução; é entretanto inexata quando vai ao ponto de indentificar em termos gerais o direito comercial com o direito das empresas; é exata quando faz da existência da organização da empresa um elemento de apro-

ximação entre o direito do comércio e da indústria de um lado e o da lavoura e especulação imobiliária de outro, mas é inexata quando limita o seu exame apenas a êste aspecto. Também é exato evidenciar a conexão de muitos problemas atuais do direito comercial com a existência de uma empresa e frisar a êsse respeito a diferença que vai entre a grande empresa com produção em massa de um lado, e a pequena empresa e a atividade do artesão, do outro lado, já pelo valor qualitativo que acaba afinal por decorrer até de diferenças quantitativas; é porém inexato esquecer que os problemas surgidos com a existência da grande empresa respeitam mais às normas publicistas de controle do que à disciplina do contrato no direito privado.

Ainda é exato afirmar que institutos e princípios do direito comercial (embora fruto de um regime econômico que criou a produção em massa, fundado na propriedade privada dos instrumentos de produção) se relacionam, de modo geral, com uma economia de massa, podendo destarte, alguns ser utilizados por empresas socializadas. Isto volta a evidenciar como a autonomia, do direito comercial se relaciona afinal, com um particular tipo de produção econômica, cujo aparecimento e desenvolvimento se coa-

dunam justamente com o aparecimento e desenvolvimento do direito comercial.

6 — Já foi por outrem observado que, hoje em dia, a bipartição do direito privado em civil e comercial se prende, fundamentalmente, à distinção entre relações agrícolas de um lado e relações comerciais e industriais de outro lado. Este critério é substancialmente exato em tôdas as legislações atuais; exato na história do direito, pois que nunca e em nenhum direito o direito comercial abrangeu a lavoura.

Entretanto, êle, embora feliz no que respeita ao fundamento atual da distinção e a um seu caráter historicamente constante, de um lado não nos explica a própria ampliação do âmbito do direito comercial no decurso da sua história, tendo apenas em um segundo momento abrangido a atividade industrial e sendo ainda em muitos direitos alheio em princípio ao comércio imobiliário, nem tampouco o fato de constituírem hoje, muitos institutos do direito comercial, institutos de direito comum. De outro lado, dito critério não explica também a tendência à unificação do direito das obrigações, que afinal se refere justamente à unificação entre o direito das obrigações da lavoura e o do comércio e indústria.

7 — Fundado nas considerações acima penso que, na realidade, há dois problemas distintos a ter em conta.

Em cada sistema positivo a distinção entre o direito comercial e o direito civil já é estabelecida em lei, devendo o intérprete respeitar a orientação legal adotada.

Examinando, porém, o problema de um ponto de vista mais amplo, independentemente dos limites da aplicação do direito comercial em cada sistema positivo e além disso, procurando a razão da diversidade desses limites, nos vários sistemas e nas várias épocas históricas, divisamos no direito comercial uma categoria histórica.

8 — Realmente, se retrocedermos na história do direito, fácil será constatar que o nascimento do direito comercial se conjuga com uma fratura entre o direito romano-canônico comum então vigente e as exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas e que se fizeram sentir desde as comunas italianas no século XII em contraposição ao sistema econômico então mais geralmente difundido.

Estas exigências, assentes na liberdade de iniciativa e de concorrência num mercado livre, surgiram de início não quanto à indústria, mas

apenas quanto ao comércio especialmente transmarino e bancário. Por isso se constituiu então, em oposição ao direito comum, um direito especial que ainda hoje em dia, apesar de ter passado a abranger a atividade industrial, chamamos de comercial. Foi êle, no seu início, o direito de nascente burguesia das cidades; uma libertação dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano-canônico comum então vigente.

Por isso predomina, de um lado, desde o início da evolução, a idéia do mercado; de outro lado se apresenta então, o direito comercial, em conexão com o direito marítimo cuja importância, aliás, é ainda evidenciada na própria etimologia de palavras como "arrivar" em italiano, "arribar", em castelhano ou "chegar" (de llegar, ligare), em português. O seguro que, apesar de ser hoje com freqüência regulado no código civil é, na sua origem, instituto tipicamente comercialístico, tem como ponto de partida, o seguro marítimo e, êste, o empréstimo a risco. A sociedade em comandita deriva provavelmente da comenda do direito marítimo medieval. A própria sociedade anônima tem a sua origem nas companhias coloniais para a colonização transmarina e estas, por seu turno, consoante a tese histórica talvez mais difundida, no condomínio naval, prendendo-

-se assim, nas origens, a responsabilidade limitada do acionista da sociedade anônima moderna à responsabilidade limitada do armador no direito marítimo.

Por isso, o direito comercial se apresenta originariamente, com um caráter autônomo, não apenas no sentido atual desta palavra, mas no sentido que êste termo tinha no sistema do direito romano comum. Era direito autônomo, pois não se prendia ao direito estatal, mas assentava apenas no consentimento e nos costumes dos interessados, sucessivamente consolidados nos *constituta usus medievais*; era autônomo, pois que da competência de uma jurisdição consular particular, que por seu turno se contrapunha à jurisdição geral do magistrado comunal.

9 — Já no seu primeiro período o direito comercial foi elaborando alguns institutos, muitos dos quais já passaram, há tempo, para o direito comum.

A renascença do comércio e da vida econômica exigia um sistema contratual simultaneamente mais completo e mais elástico, assente, de um lado, na liberdade de formas e, de outro lado, no princípio geral da possibilidade das partes se obrigarem, respeitados alguns requisitos de cará-

ter geral, embora independentemente da adoção dos esquemas contratuais nominativamente mencionados na lei. Ao contrário, o sistema clássico tinha de um lado um forte cunho formalístico; de outro lado, mais do que o princípio geral da obrigatoriedade do contrato, encarava determinados contratos e apenas êstes, como fonte de obrigação.

O reestabelecimento do comércio e das comunicações juntamente com o hábito de escrever, exigia por seu turno, uma disciplina da conclusão dos contratos entre ausentes, que não se encontrava completamente definida nos textos romanos antes de mais nada dominados, especialmente no período clássico, pela idéia do contrato entre presentes e do contrato verbal.

É por isso que os comercialistas, aliados nisto com os canonistas que, por seu turno, frisavam o valor do consentimento levados pelas suas premissas éticas, visam elaborar a disciplina geral dos contratos, estabelecendo o princípio geral do consentimento gerador da obrigação, respeitados determinados requisitos de caráter geral; visam desvencilhar a conclusão do contrato de exigências formais; visam simultaneamente elaborar a disciplina do contrato entre ausentes, de um lado, do contrato escrito, de outro lado.

Interpretando e, às vezes interpretando, do ponto de vista histórico, errôneamente, os textos romanos sôbre o contrato literal e sôbre a *confessio*, mas adaptando-os às novas exigências do tráfego, estabelecem uma disciplina que tem, nos textos romanos, os seus pontos de partida, mas é, entretanto, bastante nova; elaboram a doutrina do consentimento e da sua validade caso haja uma *causa valida obligandi*; coadunam a doutrina romana da *confessio* e da *querela non numeratae pecuniae*, embora com freqüência mal interpretada, com a disciplina jurídica dos documentos; encaram o problema do momento da conclusão do contrato entre ausentes e procuram, assim, obter uma disciplina jurídica mais adequada às exigências do comércio, embora às vezes contrastante com o direito comum. Os resultados obtidos passam sucessivamente para êste direito, ficando, qual vestígio da sua longínqua origem, apenas o fato de ser, a conclusão do contrato entre ausentes, regulada, em alguns sistemas jurídicos (p, ex. o italiano), já no código comercial e não no civil.

Os agentes das firmas do exterior levantaram o problema da comissão e representação; também esta doutrina era nova e de início contrastante com o direito comum. Tão nova que a

sua elaboração continuou até todo o século XIX; MITTEIS encara ainda o contrato concluído por meio de representante como concluído simultaneamente pela vontade do representado e do representante. É só sucessivamente que se evidencia claramente a figura da representação, distinguindo-se nitidamente entre o ato jurídico em virtude do qual são outorgados determinados poderes ao representante e os atos concluídos pelo representante em virtude dos poderes que lhe são outorgados, sendo frisada conseqüentemente, a diferença entre o abuso e o excesso de poder.

10 — Foi assim, desde a sua origem, o direito comercial, elaborando, em contraposição ao direito comum, institutos que, posteriormente, passaram para êste, alcançando uma aplicação geral.

Teve esta elaboração caráter internacional, o que aliás se coadunava com o caráter internacional peculiar em geral ao direito antes da constituição dos estados nacionais. Já o primeiro dos escritores profissionais do direito comercial e, ao mesmo tempo, um dos maiores, BENVENUTO STRACCA, fala, no séc. XVI, do direito comercial como de um *jus gentium*.

À elaboração feita nas comunas italianas em que, primeiro, se manifestou a renascença da eco-

nomia e a organização da atividade econômica em moldes modernos, juntou-se a de todos os países. As primeiras sistematizações legislativas completas dos seguros são catalãs e o tratado do português SANTAREM foi por séculos o *standard book*, como se diz hoje, dos seguros. O endôso que revolucionou a função da letra de câmbio é de origem francesa. Os negócios da bolsa tiveram seu primeiro grande desenvolvimento em Flandres e o curioso livro de JOSÉ DE LA VEGA, em 1681, — “Confusion de confusiones, Dialogos curiosos entre um mercador discreto, um acionista erudito e um philosopho agudo sôbre lo jogo y lo enredo de las acciones” — pode ser lido ainda hoje com interêsse por um especulador de Wall Street. A disciplina das patentes de invenção tem o seu ponto de partida no estatuto inglês dos monopólios, que por seu turno tem um precedente nas leis que a respeito foram ditadas em Veneza nos séculos XV e XVI e em virtude das quais foram concedidas patentes industriais, entre outros a Galileo Galilei em Pádua.

11 — Na evolução-sucessiva do direito comercial devemos levar em conta dois fenômenos.

De um lado, com o séc. XVII, foram se fortificando os estados monárquicos centralizados que

logo reivindicaram para si o monopólio da função legislativa. O direito comercial passa então a fazer parte do direito estatal e a ser objeto de disciplina nas ordenações do rei, como as célebres de Luiz XIV. Diversamente do que aconteceu com os demais direitos autônomos de determinadas classes sociais (com os quais se aparentava à vista da sua origem) não é absorvido pelo direito comum; ao contrário o direito comercial não só conserva a sua autonomia (embora com um alcance diverso, à vista do seu diverso fundamento), mas influencia o próprio direito comum até o ponto de passarem para êste muitos dos princípios e institutos que eram peculiares àquele.

Já à vista do diverso caráter da autonomia do direito comercial foi-se então passando pouco a pouco (embora de início de modo indireto e quase hipócrita, como através da presunção da qualidade de comerciante *quoad actum* dos que efetuassem um ato de comércio isolado, o que, por seu turno, se prendeu ao desejo da *noblesse* de praticar atos de comércio sem ser comerciante) do anterior sistema subjetivo a um sistema objetivo, qual triunfou definitivamente no código napoleônico, ou seja, à aplicação das regras comerciais a qualquer ato mercantil independentemente da pessoa do agente e portanto também aos atos rea-

lizados por quem não fôsse comerciante. Facultava-se assim afinal uma maior extensão do âmbito de aplicação do direito comercial.

De outro lado, ao passo que alguns dos institutos já elaborados no direito anterior passavam para o direito comum, outros foram-se elaborando para atender às exigências de uma economia que se ia renovando e que, com a chamada revolução industrial, procurou encontrar instrumentos jurídicos adequados para a realização dos inventos técnicos e para a transformação econômica dêles decorrente.

12 — O problema básico que então se apresentou foi o da mobilização do crédito, elemento essencial para um desenvolvimento dêste, que por seu turno, passava, a constituir o próprio oxigênio da economia. Ao passo que, nos séculos anteriores, o crédito tinha sido essencialmente um crédito ao consumidor para satisfazer suas transitórias necessidades, passou então a ser um crédito ao empreendedor e, assim, (bem como a colheita de grandes capitais, e, portanto, a participação de muitas pessoas, para empreendimentos sociais), a constituir condição primordial para o próprio desenvolvimento do comércio e ainda mais para a realização dos inventos técnicos e para aquela indus-

trialização, que, com o século XIX, veio a constituir um dos característicos fundamentais da sociedade moderna. Esta condição não podia porém ser preenchida a não ser resolvendo-se, simultaneamente, o problema da circulação do crédito, pois que, sem a possibilidade de mobilização, difícil seria já a própria obtenção do crédito para o industrial ou o comerciante. Foi então o direito comercial elaborando novos institutos para satisfazer estas exigências e facultar assim a aplicação prática dos inventos técnicos e a industrialização.

A velha letra de câmbio da época comunal italiana, mero documento probatório e instrumento de pagamento, foi transformada em instrumento de crédito, em uma série de etapas que vão desde a introdução do endosso, no século XVII, ao código napoleônico, às reformas inglesas e alemãs da metade do século XIX, às convenções genebrinas.

Os precedentes do condomínio naval de tipo germânico de um lado, e os das associações de portadores de títulos da dívida pública da Itália da Renascença, de outro lado, foram utilizados, de início, para disciplinar as companhias coloniais, e constituir o instrumento jurídico da expansão colonial, com a descoberta e a exploração do novo mundo, e da conseqüente e profunda transformação de tôda a economia. O direito público cola-

borou então com o direito privado, consoante aquela orientação mercantilista que, então, acompanhou, historicamente, no domínio econômico, a formação, no domínio político, dos grandes Estados centralizados.

Das companhias coloniais, no desenvolvimento sucessivo, chegou-se à sociedade anônima moderna, numa série de etapas que vão desde as esporádicas companhias do século XVII, à febre especulativa que dominou a França de Luiz XV, à disciplina do código napoleônico, à liberdade de constituição alcançada com a lei francesa de 1867, à última expansão deste instituto, quase típico da empresa industrial moderna.

Num e noutro caso, o problema resolvido foi o da circulação dos direitos, respectivamente do direito de crédito e da participação do sócio, coadunando-se, necessariamente, a circulabilidade da posição de sócio, com a responsabilidade limitada dele.

Resolveu-se assim o problema da circulação dos direitos, da mobilização dos financiamentos, o que se prendeu respectivamente, de um lado ao desenvolvimento dos bancos e do desconto (no que respeita à mobilização dos créditos a curto prazo, representados por títulos cambiários) e, de outro lado, ao desenvolvimento de um mercado de capi-

tais (no que respeita a títulos, como as debêntures e apólices, representativas de créditos a longo prazo ou, como as ações, representativas de participações sociais).

Resolvido o problema da circulação do direito, possível se fêz o desenvolvimento do crédito, a curto e a longo prazo e, simultaneamente, a obtenção de grandes capitais para a realização de empreendimentos industriais e, portanto, pode o crédito passar a ser o elemento fundamental da economia, facultando a industrialização e o progresso econômico.

A caminhada, entretanto, foi árdua e demorada, pois que apenas lentamente foi possível chegar à objetividade em que assenta a disciplina jurídica dos títulos de crédito e das sociedades anônimas e portanto a possibilidade de uma circulação do crédito. Foi, para isso, mister superar os conceitos do direito tradicional assente na conexão do direito com o seu sujeito e, por isso, desconfiante da cessão e francamente hostil a uma circulação do direito; foi mister elaborar uma disciplina jurídica que facultasse aproximar a circulação dos direitos à das coisas, encarando o direito objetivamente e assim superando alguns conceitos do direito comum.

Hoje em dia, esta evolução parece-nos tão natural e o conceito do título-valor entrou tão profundamente nas nossas consciências, que somos às vezes levados a esquecer as dificuldades vencidas para alcançá-lo. A idéia da circulação está hoje de tal modo radicada em nós que parece-nos inatural a idéia oposta e ainda mais estranha a idéia que até a cessão de um direito só seja possível de modo indireto e imperfeito. Entretanto, esta era a situação do direito romano e basta, parece-me, esta lembrança histórica para evidenciar o caminho percorrido e justificar a afirmação de que talvez, juntamente com o seguro, títulos de crédito e sociedades anônimas são os institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o direito privado moderno, em confronto com os anteriores e, portanto, a constituição econômica do mundo moderno, encarada sob o aspecto jurídico.

13 — O direito comercial, no decurso da sua evolução histórica, continuamente amplia o seu campo de aplicação. Abrange as operações industriais, que, abandonando o sistema artesanal, se organizam modernamente, surgindo, então, o critério da empresa como característico para distinguir indústria e artesanato, sujeitando a primeira e não o segundo ao direito comercial; chega até, com o código italiano de 1882, a compreen-

der a especulação imobiliária, atravessando uma fronteira que parecia intransponível; abrange, consoante alguns direitos, tôdas as operações sobre títulos-valores e de Bôlsa, mesmo quando realizadas apenas com intuito de inversão.

Talvez, como ponto de referência na evolução recente, durante o século XIX, se possa, de um lado, indicar, no início do século, o código comercial francês, com o qual foi, juridicamente, codificada a liberdade de concorrência e com o qual triunfou o sistema objetivo dos atos de comércio e foi abandonado o sistema de uma lei especial para cada sociedade anônima; de outro lado, a metade do século XIX em que, quase nos mesmos anos, se processa a renovação legislativa do direito cambiário na Alemanha e na Inglaterra e se admite, na Inglaterra e na França, a liberdade de constituição das sociedades anônimas, independentemente de autorização administrativa, com o triunfo, no campo jurídico, da iniciativa privada e do liberalismo econômico.

À progressiva extensão daquelas exigências econômicas que, de início, tinham sido peculiares ao comércio transmarino e bancário, segue-se a progressiva extensão do âmbito de aplicação do direito comercial, e princípios e institutos que, de início, tinham sido considerados como excepção-

nais ou peculiares apenas a uma determinada matéria, passam, ao contrário, a constituir princípios e institutos de caráter geral, aplicáveis em todo o campo de direito.

Do seguro marítimo se passa ao terrestre, ao seguro de vida, e a disciplina dêste instituto, que se prende a um dos conceitos talvez mais importantes e característicos do direito moderno, passa até em muitos direitos, do código comercial, onde se encontrava disciplinado consoante a sua origem histórica, para o código civil, apesar de continuar mercantil o ato do segurador; passa do direito privado para o público, constituindo uma técnica jurídica que faculta de modo geral, a eliminação das conseqüências danosas de determinadas ocorrências que apresentam caráter de multiplicidade e estão por isso sujeitas às leis de probabilidade.

As sociedades anônimas passam, com o fim do século XIX, a poder constituir-se para um fim civil e sua disciplina, que tende por seu turno, em muitos direitos, a passar pelas leis especiais, acaba assim por ser uma disciplina única, independente da diversidade do objeto social, com uma constante sujeição da sociedade à lei mercantil, que nos indica, na realidade, a passagem do instituto para o âmbito do direito comum. Por uma espécie de

retôrno hist3rico, passam elas, tamb3m a constituir instrumentos da atividade de entidades p3blicas, que assim utilizam o instrumento elaborado no direito comercial, sujeitando-se aos seus princ3pios.

Os t3tulos ao portador passam, em muitos direitos, para o c3digo civil.

A letra de c3mbio e o cheque, disciplinadas em leis especiais, constituem instrumentos gerais, respectivamente de cr3dito e de pagamento que, pela pr3pria generalidade de suas funç3es, j3 n3o se prendem de modo necess3rio 3 atividade mercantil.

Seguros, an3nimas, e t3tulos de cr3dito, talvez os mais caracter3sticos institutos do direito comercial, os que concentravam a atenç3o dos tratadistas de outrora (como no tratado, t3o agudo e moderno, de JOS3 DA SILVA LISBOA) constituem hoje institutos que, disciplinados, o primeiro com frequ3ncia no pr3prio c3digo civil, o segundo, com frequ3ncia em uma lei especial e, o terceiro, no c3digo civil e em leis especiais, s3o realmente de aplicaç3o geral.

14 — A pr3pria distinç3o de jurisdiç3o civil e mercantil começa, no fim do s3culo XIX, a ser abolida em muitos pa3ses; assim na It3lia e no Brasil. Isto por seu turno coopera para a aproximaç3o do direito comercial e do direito comum, pela pr3-

pria conexão histórica e prática do direito substantivo e do direito processual. Foi, com efeito, em consequência da abolição de uma jurisdição especial que o direito comercial se fundiu no direito comum, na Inglaterra, desde o fim do século XVII; é a subsistência da distinção jurisdicional que frisa ao contrário, na França, a distinção entre direito civil e comercial.

Se, como lembra SUMMER MAINE, o direito nasce da ação processual, é óbvia a importância da unificação ou da distinção processual para preparar a unificação, no primeiro caso, frisar a distinção no segundo, do direito substantivo civil e comercial.

Pode-se até notar que quando o código comercial é de data muito anterior ao código civil, chegamos a encontrar no código civil princípios que, no terreno geral do direito comparado, são, à vista do seu menor formalismo, considerados como tipicamente comercialísticos e, ao contrário, no código comercial, princípios que, no mesmo terreno, são considerados como civilísticos o que, embora aparentando o contrário, substancialmente demonstra até que ponto os princípios do direito comercial passam a ser princípios do direito comum e corrobora por isso a afirmação de ser, afinal, o direito comercial uma categoria histórica.

Tal acontece no Brasil.

Com efeito, ao passo que a codificação brasileira do direito comercial é de 1850, no direito civil passou-se diretamente do sistema das ordenações, ou seja, do sistema do direito romano-comum, ao código de 1916, ao passo que, na Europa ocidental, os códigos inspirados no código napoleônico substituíram na primeira metade do século XIX o direito romano-comum anteriormente vigente, em virtude da profunda e benéfica renovação decorrente da revolução francesa. O código brasileiro de 1916 é sob alguns aspectos, o mais moderno dos códigos inspirados no código napoleão, continuando, entretanto, — parece-me — a tradição do direito romano-comum dos séculos XVII e XVIII, viva no direito brasileiro, civil e processual, muito mais do que acontece nos demais direitos. Talvez, seja dito entre parêntesis, é a vitalidade desta tradição, o ponto de partida de algumas das diferenças entre as orientações da doutrina e da prática forense no Brasil e em demais países cujo direito igualmente assenta no direito romano. Esta vitalidade, por seu turno, se coaduna com o fato que as ordenações filipinas constituíram, quando editadas, um texto muito adiantado e completo em confronto com o direito então vigente, — o que, por seu turno, se coaduna com a história política da

península ibérica — tendo, de outro lado, vigorado, no Brasil, até o século XX, e, portanto, durante um período muito longo, muito mais longo do que o período de vigência de qualquer outro diploma legal em países de direito romanístico na época moderna.

De qualquer forma, o código civil de 1916 se apresenta, às vezes, mais moderno que o código de comércio de 1850 — fato aliás natural à vista das respectivas datas, — e por isso, sob alguns aspectos, mais comercialístico.

Ao passo, exemplificadamente, que o código comercial de 1850 não adota o princípio *dies interpellat pro homine* (embora se trate de um princípio geralmente adotado no direito comercial, mesmo quando não o seja no direito civil) o código civil adota êste princípio.

Nota-se assim no Brasil, antes a tendência a aplicar no direito comercial princípios do direito civil, do que a tendência inversa, ao contrário do que acontece nos demais países, mas esta aparente *civilisation du droit commercial* é na realidade uma confirmação da *commercialisation du droit privé*, pois que decorre justamente da maior modernidade e, releve-se a expressão, da maior comercialidade do código civil.

De outro lado o direito comercial brasileiro

não adotou, por exemplo, em matéria de resolução dos contratos, de prova por testemunhas, de solidariedade passiva, princípios que, em outros direitos, são indicados entre os mais característicos do direito comercial, em contraposição ao civil.

Talvez um dos característicos da situação jurídica brasileira decorre justamente desta maior modernidade do código civil de um lado, junto, entretanto, com a influência da tradição do direito romano-comum dos séculos XVII e XVIII, e, de outro lado, de uma menor acentuação seja como agora lembrava no código do comércio, seja na atividade industrial e comercial, de alguns dos característicos do moderno direito comercial.

Este último aspecto se coaduna por seu turno, com a estrutura econômica do país e, no âmbito do direito comercial, se manifesta no caráter prevalentemente familiar das sociedades anônimas; no fato de preencher, no comércio interno, a duplicata, cuja feição formal é mais próximo à dos títulos probatórios, as funções que, nos demais países, são preenchidas pela letra de câmbio; no escasso desenvolvimento de um mercado de capitais cujo desenvolvimento constitui, ao contrário, o ponto de partida de muitos dos problemas hodiernos do direito comercial europeu ou norte-americano. Doutro lado, a existência de uma lavoura de-

dicada, com freqüência, à produção de mercadorias de exportação, por isso sujeitas às flutuações dos grandes mercados internacionais, concorre para caracterizar a situação brasileira e distinguí-la da européia.

Por um fenômeno num certo sentido inverso àquela *commercialisation du droit privé* que até agora vim lembrando, a falência, ao contrário, se foi aproximando dos princípios peculiares ao direito comum, abrandando os seus característicos próprios para se transformar num procedimento executório concursal.

A evolução das leis recentes foi, com efeito, às vêzes abolindo ou abrandando a distinção do processo da falência em duas fases; abolindo o encerramento por *union des creanciers* qual se encontra no código francês e que evidencia um caráter quase que de execução privada, nas suas origens, peculiar à falência; passou-se, da falência considerada como crime, a uma presunção de culpa na falência e, sucessivamente, à incriminação apenas de determinados fatos, considerada a falência como condição de punibilidade; a reabilitação foi disciplinada de modo sempre mais generoso e chegou, na interpretação brasileira, a respeitar também os efeitos patrimoniais da falência, aproximando-se por isso ao *order of discharge* an-

glo-saxônio, apesar da profunda diferença dos institutos e da ausência, no sistema anglo-saxônio, da falência como instituto próprio aos comerciantes; abrandou-se o primitivo caráter de indignidade da falência.

As orientações doutrinárias frisaram esta transformação acentuando o caráter processual da falência e visando sujeitá-la aos princípios do direito processual comum.

Ao passo que, quanto ao processo de cognição, foram com freqüência os princípios do direito comercial que, no desenvolvimento histórico, influenciaram o direito comum, no caso da falência houve, talvez um fenômeno inverso.

De outro lado, porém, o princípio da concursalidade da falência tende a estender-se a todos os casos em que haja uma pluralidade de credores.

Foi-se também, embora com a oposição da doutrina, evidenciando o característico da falência como meio de liquidar uma situação onerosa, o que se pode notar de um lado na evolução da concordata, e do outro, nas providências especiais ditadas fora do campo comercial.

15 — Talvez esta rápida, embora à vista do tempo disponível, demasiado extensa, visão cinematográfica, evidencie aquela função que quase diria, de bandeirante, preenchida em geral pelo di-

reito comercial e ligada ao significado e à função da sua autonomia.

Elaborou êle, com efeito, em opposição ao direito comum, os institutos mais típicos da economia moderna, aquêles que constituem quase que os instrumentos jurídicos desta.

Quem quisesse caracterizar no direito privado moderno o que mais o distingue dos direitos antigos difficilmente poderia indicar institutos mais típicos que as sociedades anônimas, os títulos de crédito, o seguro, isto é, aquêles que, qualquer que seja a sua hodierna colocação legislativa, foram talvez os mais típicos institutos elaborados pelo direito comercial.

Até atingi-los, entretanto, o caminho percorrido foi longo, árduo e, em certo sentido um caminho experimental; as soluções que representam não foram alcançadas de chofre, mas lenta e paulatinamente numa constante colaboração entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, sendo às vêzes, aproveitados institutos do direito tradicional para adaptações e desenvolvimentos, passando-se, quase que experimentalmente, de aplicações particulares a aplicações mais vastas, consoante as várias exigências; realizando-se às vêzes o que poderíamos chamar de "invenções" jurídicas, isto é, novas combinações de princípios jurídicos já conhecidos para

alcançar a solução de um problema insatisfeito; criando-se novos instrumentos, quase diria novos maquinismos jurídicos, para o progresso econômico e técnico e a solução de problemas ocasionados por êsse progresso.

Se, como se lê no talvez mais célebre de todos os cursos jurídicos de extensão universitária, — naquela obra prima constituída pela *Common Law* de HOLMES — *the life of the law has been experience*, disso se pode encontrar confirmação no desenvolvimento histórico dos institutos do direito comercial.

16 — As exigências econômicas a que se prendiam os institutos do direito comercial fizeram-se sentir, de início, em um âmbito limitado; sucessivamente, se foram estendendo a tóda a economia. Foi por isso que, parece-me, o direito comercial se constituiu como um direito autônomo e especial em contraposição ao direito romano-canônico comum então vigente; que elaborou os seus institutos e os seus princípios, em relação a matérias peculiares, malgrado se terem êles, sucessivamente, tornado de aplicação sempre mais vasta e até geral a ponto de surgir o problema da sua recepção geral do direito comum.

É por isso que, embora a tese seja heterodoxa,

vejo no direito comercial uma categoria histórica, aproximando, respeitadas, é óbvio, as profundas diferenças, o fenômeno do direito comercial ao do *jus honorarium* romano e ao da *equity* inglesa.

A constituição de um direito comercial especial decorre historicamente das exigências daquela economia capitalística que, surgida com a burguesia das cidades italianas e com características bem diversos dos até então tradicionais, foi progressivamente renovando com espírito de racionalização, de risco, de livre concorrência, e de livre iniciativa a constituição econômica.

Embora, como é óbvio, essa transformação econômica tenha influenciado todo o direito e possa indicar-se também entre as causas da renascença do direito romano desde o século XII, encontrou, ela, uma especial expressão jurídica no direito comercial que, justamente por isso, passou a preencher aquele papel de bandeirante que lembramos há pouco, passando, destarte, a elaborar os instrumentos técnicos-jurídicos gerais de uma economia de massa.

Coaduna-se, destarte, o direito comercial no terreno da economia, não com determinada atividade econômica, mas com determinado sistema de economia, encontrando no aparecimento e desenvolvimento deste sistema a explicação da sua consti-

tuição como direito especial e do seu desenvolvimento.

Apresenta-se, por isso, o direito comercial, historicamente ligado nas suas origens, com a economia capitalística que, por seu turno, historicamente se liga à constituição da economia de massa; apresentam, hoje, muitos institutos do direito comercial uma correlação geral com a economia de massa constituindo o instrumento jurídico desta.

17 — A concepção que vinha expondo do “direito comercial” como categoria histórica, demonstra, parece-me, o que há de exato e, simultaneamente, de unilateral, na tese da mediação, ou da circulação, ou da empresa ou da produção em massa, que evidenciam, afinal, a primeira, o ramo de atividade em que, de início, se manifestaram historicamente as novas exigências; a segunda, uma dos característicos fundamentais do sistema econômico que conseqüentemente, se foi elaborando quando considerado, afinal, na sua relação com o mercado; a terceira um dos característicos deste sistema quando considerado no que respeita à organização técnica da produção; a quarta um característico do sistema que cada vez mais se foi acentuando e que concerne, igualmente, à técnica da produção. As três primeiras teses nos indicam

o que, historicamente, constituiu o ponto de partida da evolução do direito comercial; a última nos indica a função atual de muitos institutos dêsse ramo do direito, que justamente sob êste aspecto podem ser utilizados até independentemente de algumas entre as premissas em que, historicamente, assentou o seu desenvolvimento.

Dita concepção parece-me justificar: o fato de, o direito comercial, ter surgido na história do direito com o início de uma determinada economia e ter encontrado no seu desenvolvimento, um campo de aplicação cada vez mais vasto em relação à progressiva extensão desta economia;

a contraposição tradicional entre a lavoura, em que se conservou mais viva a forma patriarcal, e o direito comercial, e a própria posição, de início, quase excepcional dêsse direito, à vista do caráter não só fundamental mas, a princípio, prevalente, da lavoura entre as atividades econômicas, caráter que só com o século XIX se veio alterando, devido à industrialização;

a posterior aproximação entre o direito comercial e a lavoura: esta aproximação se manifesta quando a lavoura passa a recorrer, sistematicamente, ao crédito bem organizado, racionaliza seus métodos de exploração e, como significativamente se diz, se industrializa, conservando assim

o caráter que lhe é próprio na economia, mas simultaneamente transformado e modernizado a sua técnica; restringe-se, então, a contraposição entre lavoura, de um lado e atividade comercial e industrial de outro lado, e, conseqüentemente, aproximam-se o sistema civilístico e o comercialístico;

a posição do problema de unificação do direito das obrigações e da extensão da falência que concernem afinal, à extensão a todos os ramos de atividade e, por isso, antes de mais nada, à lavoura de princípios e institutos comercialísticos do direito das obrigações e da falência.

O primeiro dêstes dois problemas tem hoje, na prática, importância menor do que nas aulas universitárias, justamente na medida em que, de fato, já se verificou a passagem de princípios do direito comercial para o direito geral das obrigações, a ponto de haver códigos civis que, por serem cronologicamente posteriores aos correspondentes códigos comerciais, são mais comercialísticos do que êstes. Na realidade, o que prevalece não é portanto o problema de uma unificação do direito das obrigações, já em grande parte realizada de fato, mas o da possibilidade da aplicação à lavoura, de alguns institutos comercialísticos; por exemplo, quanto à mobilização do crédito; às garantias do credor mobiliário; aos limites desta possibilidade

à vista das peculiaridades da lavoura, aliás, frequentemente, diversas nas várias regiões; às necessárias adaptações a serem feitas (já à vista do ciclo de produção da lavoura e da prevalecente importância do elemento imobiliário, cuja situação jurídica é, já, de per si, sujeita à publicidade).

O segundo dos problemas, o referente à extensão da falência, prende-se, de um lado, à evolução dêste instituto e, de outro lado, à racionalização da lavoura e à utilização, nela feita, do crédito, até fora do campo hipotecário, com um oportuno tecnicismo.

O ponto de vista desenvolvido no início dêste parágrafo explica, parece-me, os característicos geralmente indicados como típicos do direito comercial; a maior liberdade de formas e provas e a prevalência do princípio da boa-fé, que entretanto, não exclui, justamente, à vista das exigências da tutela da boa-fé e da circulação, o formalismo, que aparece de novo nos títulos de crédito; a preocupação de cuidar dos problemas da circulação, de mercados e bôlsas e bancos; a racionalização, já evidenciada nos livros dos comerciantes; a preocupação de tutelar o crédito, à vista da entrosagem de relações de débito e de crédito e da pluralidade delas quanto a cada devedor, como resulta do instituto da falência; a liberdade de iniciativa e con-

corrência, junto, porém, com o esforço de avaliar e, afinal de segurar o risco; a presunção de onerosidade dos contratos e das obrigações comerciais que, no código italiano, conduz ao princípio do artigo 41 a respeito dos juros até independentemente de mora, e à disciplina como contratos a título oneroso, de contratos, (por exemplo o mandato), que são, ao contrário, a título gratuito, no direito civil; o caráter internacional e assim por diante; os problemas que se foram levantando nos últimos decênios — à vista da progressiva acentuação do característico da produção como produção em massa, com a freqüente substituição de uma pluralidade de pequenos empreendedores por grandes empresas organizadas — a respeito dos contratos de adesão, da concentração industrial e das ligações entre sociedades, da luta contra os monopólios e assim por diante, visando tutelar a massa dos consumidores em face das grandes empresas organizadas, levar em conta os problemas que decorrem da concentração do controle da riqueza, evitar que posições de privilégios obstem a expansão econômica no interesse de todos; a diminuição de um lado, na evolução recente, da discricionariedade contratual, à vista de normas publicistas, a utilização, de outro lado, de muitos institutos do direito comercial até no âm-

bito do direito público ou para empreendimentos de caráter coletivo, passando, destarte, muitos institutos do direito comercial a constituir os instrumentos técnico-jurídicos gerais de uma economia de massa, frisando-se o seu caráter técnico e funcional.

Entre os institutos do direito privado, são justamente os institutos do direito comercial os que se apresentam mais relacionados com o desenvolvimento econômico.

De um lado, por isso, os problemas do direito comercial se coadunam com os problemas mais debatidos de nossa época, como os que respeitam ao intervencionismo estatal e à liberdade de iniciativa, à socialização e à propriedade privada; de outro lado, entretanto, a estrutura técnica dos institutos do direito comercial, parece, com frequência, participar daquela "neutralidade" que é peculiar à técnica, numa medida maior do que acontece com os institutos do direito civil.