

**DIREITO COMERCIAL – FACULDADE DE DIREITO DA USP**

**Fundamentos e Princípios do Direito Empresarial (DCO 0221)**

**Aula 02: Origem e evolução histórica do direito comercial**

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

**§ 1º. Introdução.**

**I. Direito comercial como direito privado especial: sentido.**

1. Direito privado: predomina a igualdade e a liberdade – mas apenas em nível de sistema (alguns segmentos dominados por regras de direito público).
2. Direito especial: **(i)** justificar a aplicação subsidiária do direito civil (antes da unificação formal); **(ii)** áreas do direito comercial, sem paralelo geral no direito civil (títulos de crédito).

**II. Direito comercial: comércio e indústria.**

**III. Direito comercial: (i) não é o direito do comércio, pois não regula e nunca regulou todo o “comércio” e não corresponde a um específico setor do sistema econômico; (ii) não coincide com o direito de empresa (não é todo direito de empresa; não abrange todas as “empresas” – atividade agrícola); abrange atos que são praticados, talvez com muito mais frequência, por não empresários (títulos de crédito).**

**§ 2º. Os precedentes históricos: direito dos povos antigos.**

**I. Povos antigos.**

1. Mesopotâmia, antigo Egito, Fenícia (Sec. XI a.C.) e na Palestina.
2. Código de Hamurabi (2.083 a.C; descoberto em Susa/Pérsia-Irã em 1901), §§ 101 a 107 (embrião da comissão, mútuo ou comandita).

**II. Grécia (segundo alguns, teriam corpo separado de regras comerciais).**

1. *Nauticum foenus*: empréstimo a risco ou câmbio marítimo (Digesto XXII, 2; CCº arts. 633 a 635); embrião do seguro marítimo e, pois, terrestre.
2. *Lex Rhodia de jactu*: alijamento ou avaria grossa (D. XIV, 2; e CCom art. 764, 2, c/c 763).

**III.** Roma e o direito romano (direito comercial; questão controvertida; teoria dominante, não – Pardessus e Goldschmidt; mas fins do Séc. II a.C.: surgem contratos consensuais flexíveis e acessíveis a *cives* e *peregrini*).

1. Realidade de Roma (havia comércio complexo entre Etrúria e Magna Grécia); razões determinantes.

2. Institutos legados.

2.1. *Receptum nautarum*: pacto para responsabilizar os capitães de navio e os estalajadeiros pelos danos ou furto das coisas por eles custodiadas (Dig. 4, 9).

2.2. Ação institória e exercitória: ação para responsabilizar os donos dos estabelecimentos comerciais pelos atos dos administradores (*institores*) (Dig. 14, 1 e 14,3).

2.3. Entrega dos bens do devedor insolvente aos credores pelo magistrado (embrião da falência).

3. O que o direito romano legou ao direito comercial: ciência jurídica.

**§ 3º. Período do corporativismo** (1ª fase do direito comercial: sistema subjetivo; surgimento na Idade Médica; Sécs. XI a XVI).

**I.** Condicionantes históricos: **(i)** queda do Império Romano (Sec. V) / domínio árabe (até Séc. XI) do comércio entre o Mediterrâneo oriental, Ásia Central e Extremo Oriente (Rota da Seda) (vazar, magazine, armazém, caravana, tara, alfândega, tarifa, tráfico, algodão e café); **(ii)** aglutinação das classes humildes em torno dos senhores feudais (de início, busca da segurança; após, união contra abusos destes); e **(iii)** formação das cidades (que voltam a se povoar e organizar em comunidades livres) – novo sistema econômico precursor do capitalismo (da economia agrícola e fechada do feudalismo para a economia da riqueza mobiliária e urbana), a partir do Séc. XI com a estabilização militar após queda do Império e invasões germânicas. Superação dos formalismos do direito romano e restrições práticas impostas ao desenvolvimento do comércio pelo direito canônico.

**II.** As corporações de ofício (ricas e poderosas, assumindo funções típicas de Estado) e o *jus mercatorum* (ou *lex mercatoria*), criado pelos comerciantes, cujas fontes eram: **(i)** costumes nascidos das práticas comerciais; **(ii)** estatutos das corporações (direito ágil e vivo, que incorporava os costumes dos comerciantes já sedimentados); e **(iii)** as decisões consulares (cônsules: embrião dos tribunais de comércio), que se baseavam numa justiça sem formalidades (*sine strepitu et figura judicii*) e de acordo com a equidade (*ex bono et aequo*).

1. A jurisdição consular o seu âmbito: de início só para os comerciantes matriculados; posteriormente estendeu-se aos casos entre comerciantes e não

comerciantes (como autores ou réus); considerava-se comerciante qualquer um que agia em juízo em razão de um negócio mercantil.

2. Características da *lex mercatoria*: (i) direito profissional (corporativo, de classe); (ii) consuetudinário; (iii) urbano e mobiliário; (iv) internacional (feiras livres e ligas dos comerciantes; privilégios assegurados durante os eventos – Stracca considerava-o *jus gentium*); e (v) racional.
3. Direito comercial e direito romano-canônico convivem – aquele inspirado por novos princípios: (i) liberdade de forma dos contratos e regras sobre contratos entre ausentes; (ii) responsabilidade solidária dos sócios; e (iii) representação e comissão.

III. Compilações – de costumes (*Consuetudines* de Gênova, 1.056; *Liber consuetudinum* de Milão, 1.216), de decisões consulares (do Tribunal da Rota de Gênova, o *Capitulare Nauticum* de Veneza, 1.255) e de direito marítimo (*Consolato del Mare* de Barcelona, séc. XI).

IV. Sistematizações científicas – inicialmente por juristas italianos (sécs. XVI e XVII – primeira obra de D. Comercial: *Tractatus de Mercatura seu Mercatore*, de Benvenuto Stracca, Veneza, 1553). Outros nomes: Sigismondo Scaccia; Raffaele de Turri; Francesco Rocco; Ansaldo de Analdi; Giovanni Batista de Luca; Giuseppe Maria Lorenzo di Casaregis – criadores da ciência do direito comercial.

V. Principais institutos.

1. Matrícula do comerciante (embrião do registro do comércio).
2. Firma ou razão social.
3. Capacidade ampliada dos menores.
4. Casa comercial e filiais.
5. Marca comercial privada (corporação certificava a qualidade).
6. Escrituração mercantil (método das “partidas dobradas”: Frei Luca Paciolo)
7. Falência e crime falimentar (crime de *bancarrota*).
8. Bancos.
9. *Letra de câmbio, seguros e sociedades comerciais* (nome coletivo e comanda simples) – as mais importantes, segundo Ascarelli.

§ 4º. **Período do mercantilismo** (2ª fase do direito comercial; ainda subjetivo; Estados Nacionais; Sécs. XVII e XVIII).

I. Condicionantes históricos: (i) a partir do Séc. XVI a atividade comercial deslocou-se para centros na França, Bélgica, Holanda e Inglaterra; (ii) surgimento dos grandes bancos da Itália, Holanda e Inglaterra nos Sécs. XVI e XVII; (iii) fortalecimento do poder central dos soberanos – formação dos Estados nacionais); (iv)

expansão colonialista e o surgimento das companhias colonizadoras – “verdadeiros estados dentro do Estado”.

- II.** Transformações: (i) de direito universal passa a direito nacional; e (ii) de direito de classe, criado e julgado pelas corporações, passa a direito estatal, criado e julgado pelo Estado (embora os tribunais do comércio fossem formados por comerciantes, estes passam a ser indicados pelo rei, investidos de soberania); apesar disso, as leis comerciais, promulgadas pelo Estado, são baseadas na *lex mercatoria*: o *Navigation Act*, de Cromwell, 1.651; *Ordonnance sur le commerce de terre* ou Código Savary de 1.673 (Jacques Savary foi comerciante que se destacou na comissão elaboradora), e *Ordonnance sur le commerce de mer* de 1.681 (superior à primeira), ambas de Luis XIV [Colbert]); e, ao ser aplicado pelo Estado, acaba por influenciar o direito comum.
- III.** Principais institutos: (i) constituição da Companhia das Índias Orientais (1.602) e da Companhia das Índias Ocidentais holandesas, embrião das modernas sociedades anônimas (Maurício de Nassau, Brasil; Bolsa de Amsterdam); (ii) patentes de invenção (Inglaterra, 1624) – política mercantilista do Estado coincidia com as aspirações da burguesia – o direito comercial como ramo do “direito público”; e (iii) mobilização do crédito – letra de câmbio se aperfeiçoa e ganha autonomia.

**§ 5º. O direito dos atos do comércio e Código Comercial francês de 1807** (3ª fase do direito comercial; sistema objetivo; Sécs. XIX até CC it 1942).

- I.** Condicionantes históricos: (i) *individualismo* na economia (Revolução Industrial: o mais importante movimento de transformação social de todos os tempos; novo *modo de produção*, com expropriação dos antigos produtores; desenvolveu-se graças aos institutos do direito comercial – títulos de crédito e valores mobiliários, sociedades mercantis, seguros e bancos); e (i) *liberalismo* na política (Revolução Francesa: com a negação dos *privilégios de classe*, com a abolição das corporações pela Lei le Chapelier, 1.791; introdução da disciplina das invenções industriais, 1791, e das marcas, 1803) – levando a (iii) a divisão da burguesia proprietária e da mercantil: o *Code Civil* e o *Code de Commerce*.
- II.** Transformações: direito comercial deixa de ser o *direito dos comerciantes* (caráter subjetivo) para ser o *direito dos atos de comércio* (caráter objetivo).
- III.** O *Code de Commerce* francês de 10.09.1807.
1. Apreciação geral: (i) materialmente, acolheu em grande parte as Ordenanças de Colbert; (ii) virtude (cristalizou usos) e, ao mesmo tempo, defeito (ao fazê-lo, já nasceu envelhecido); (iii) vantagem de ter seguido ao CCiv

fr 1803 (simplificação; diferentemente do CCom br 1850); (iv) estrutura: 4 livros, 648 artigos, menos de 100 revogados e só 33 com redação original – CCom fr 2002 (mera consolidação).

2. Influência – adotaram o sistema objetivo: (i) ADHGB 1861; (ii) CCom it 1882; (iii) CCom esp 1829 e o atual de 1885; (iv) CCO pt 1833 e (v) CCom br 1850 – fortemente inspirado nos três últimos.

**IV.** O sistema de atos de comércio adotado pelo CCom fr 1807: “Art. 1º. São comerciantes aqueles que exercem atos de comércio e disso fazem a sua profissão habitual” – ideia de atividade já introjetada.

1. O ato de comércio é mercantil, independentemente de quem o pratica, seja comerciante ou não, estabelecendo-se, pois, o *princípio da livre iniciativa* (CCom Francês de 1.807, Espanhol de 1.829, Português de 1.833, Brasileiro de 1.850 e Italiano de 1.865); se todos são iguais perante a lei, não interessam distinções subjetivas
2. CCom 1807 fr já nasce velho, pois é baseado nas *Ordonnances* de Luis XIV; mas abrange a produção (conceito inicial de empresa, empregando força de outrem).
3. Os atos de comércio – por natureza, por conexão (ou acessórios) e por força da lei – não eliminou o aspecto subjetivo e já se referia à noção de atividade. O Reg. 737/1850 e seu art. 19.

**V.** Outros pontos na evolução histórica: (i) ideia de codificação: ordem logicamente necessária e completa (Iluminismo); (ii) códigos da 2ª metade do século abandonam a ideia de igualdade; mas, há liberalização das S/As e, portanto, do privilégio da responsabilidade limitada (Lei Francesa de 1867); e (iii) sobretudo após a 1ª Guerra, *intervenção do Estado na economia*: leis combatendo a concorrência desleal (trustes e cartéis), progressiva publicização do direito no setor da economia – democracia acionária nos EUA.

**§ 6º. A teoria da empresa e Código Civil italiano de 1942** (4ª etapa do direito comercial; sistema funcional CC it 1942).

**I.** O Código Civil italiano de 1942 e a unificação (formal) do direito privado (direito civil, direito comercial e direito trabalhista – que, no entanto, é majoritariamente tido como ramo do direito público).

1. Antecedentes dessa ideia.
2. Razões da unificação na Itália: (i) ideológica – fascismo não admitia dois códigos “de classe”; e (ii) político-econômica – “capitalistização” da Itália – levando ainda à depreciação dos usos comerciais – o Estado como única fonte legislativa.

**II.** Substituição do comerciante pelo empresário (empresa como centro do direito comercial): **(i)** acentuar o aspecto socialmente útil da atividade mercantil, mais que o aspecto especulativo, apresentando a empresa como um “serviço social”; **(ii)** identificar, juridicamente, o empresário (como produtor, principalmente), para controlá-lo, submetendo-o às leis fascistas (os arts. 2088 a 2091 do CC it); e **(iii)** superação da radical separação entre industriais, comerciantes, artesões e produtores rurais.

**II.** O Código Civil de 2002.

**§ 7º. Fecho.**

**I.** Notas conclusivas: **(i)** direito civil e direito comercial (como categoria histórica) e crítica à discussão circular e superada (existe uma implicação evidente entre as duas noções, de tal modo que ao regular o sujeito o direito rege a sua atividade e os seus atos, enquanto ao tratar destes, inversamente, a atividade comercial e, logo, também os sujeitos); **(ii)** dicotomia (*jus civile* e *jus gentium*; *common law* e *equity*; direito civil e direito comercial); e **(iii)** evolução do direito comercial comprova o asserto de Oliver Wendell Holmes Jr.: “the life of the law has not been logic, it has been experience”.

**II.** Por um novo direito comercial?