

JOÃO EUNÁPIO BORGES
Catedrático de Direito Comercial dos Cursos de bacharelado e doutorado na
Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

CURSO DE DIREITO COMERCIAL TERRESTRE

5ª edição/4ª tiragem

FORENSE
Rio de Janeiro
1991

CAPÍTULO IV

O problema da autonomia do direito comercial

PROBLEMA SECULAR

52. A posição do direito comercial no quadro do direito privado, a questão de sua autonomia ou a de sua fusão, pelo menos parcial, com o direito civil, do qual se destacou pelos motivos e pela forma examinados no capítulo II,¹ constituem problema em torno do qual os mestres do direito se digladiam há um século.

E os argumentos pró ou contra a autonomia se repetem e se renovam com tal pertinácia e monotonia que uma conclusão se impõe ao estudioso do assunto, que o encare sem idéias preconcebidas e sem o previo propósito de chegar a determinada conclusão: ou o problema é mal posto ou é destituído da importância que se lhe atribui geralmente. Porque houvesse argumentos decisivos e convincentes em favor dessa ou daquela solução, não seria admissível que diversas gerações de juristas se obstinassem na defesa de uma opinião que tivesse contra si aqueles argumentos.

No fundo, aliás, as divergências não são tão grandes como parecem, e se explicam, em parte, pelo próprio conceito de autonomia, que, como veremos, não é o mesmo para todos os estudiosos do assunto.

ESPÉCIE DE AUTONOMIA — AUTONOMIA LEGISLATIVA

53. Sob diversos aspectos pode ser encarado o problema da autonomia do direito comercial em face do direito civil, ou melhor, do direito privado comum. Pode-se assim falar em autonomia legislativa, formal, substancial, didática e científica.

¹ "...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... Foi ele, no seu início, o direito da nascente burguesia das cidades; uma libertação dos vínculos da sociedade feudal e do direito romano canônico comum então vigente" (TÚLIO ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, n.º 8, páginas 22-23).

A autonomia legislativa, com que nasceu e que não possui mais o direito comercial, caracteriza-se pela sua independência em relação ao direito comum quanto à fonte legislativa de seus preceitos. Foi o direito comercial, em suas origens, legislativamente autônomo porque, independente do direito das cidades e dos Estados, seus preceitos, nascidos da prática dos comerciantes medievais, fixaram-se através dos estatutos de suas corporações e difundiram-se através das grandes feiras em que se reuniam comerciantes de toda a Europa, ligados pelos mesmos interesses e obedientes às mesmas normas daquele *jus mercatorum*, consuetudinário, profissional e internacional. Tal autonomia desapareceu logo que os Estados, centralizados e fortalecidos, no século XVIII, monopolizando o poder legislativo, encamparam o direito mercantil, cujas fontes formais, daí por diante, passaram a ser as de qualquer direito estatal: a lei e o costume.

AUTONOMIA FORMAL

54. A autonomia formal (que muitos autores chamam de *legislativa*, num sentido que, evidentemente, não é aquele por nós empregado) é a que resulta da existência de dois códigos diferentes: o código comercial e o código civil. Sob tal aspecto, é autônomo o direito comercial no Brasil, na França, na Espanha, em Portugal e em todos os países que têm, ao lado de um código civil, um código comercial.

Tal autonomia não existe, entre outros países, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Suíça (desde 1881) e na Itália (desde 1942).

Essa espécie de autonomia, ou de unidade, é destituída de qualquer interesse científico e tem pequena importância prática. Pouco importa, em verdade, que as leis relativas ao comércio figurem em um mesmo código juntamente com as outras normas do direito privado, ou que haja um código comercial para aquelas e um código civil para estas. É assim que, desaparecido desde 1881 o Código Comercial suíço, incorporado ao Código das Obrigações, no entanto é verdadeira a observação de WIELAND de que, em meio àquele direito formalmente unificado, o direito comercial sobrevive, na Suíça, como pequena ilha independente. E na Itália, depois da unificação de 1942, a grande maioria de seus tratadistas continua afirmando a sobrevivência da autonomia substancial do direito comercial.

AUTONOMIA SUBSTANCIAL OU JURÍDICA

55. É em torno da autonomia substancial ou jurídica que se digladiam, inconciliáveis, os partidários da autonomia e os da unificação e é a essa luta quase secular que se aplica o que dissemos em o n.º 52, *supra*. Consiste o problema em dar resposta às seguintes perguntas: existe sob a expressão *direito comercial* "um edifício racional e harmônico, um especial elemento técnico-experimental que postule e tenha regras próprias, institutos típicos, princípios próprios e específicos: em suma, um corpo orgânico e completo de normas, realmente dotado de jurídica autonomia? Ou não passará aquela

expressão de simples pretexto para reunir empiricamente, e dir-se-ia mecanicamente, para fins informativos, ou didáticos, ou de prática oportuna, ou de outra qualquer natureza, sem caráter científico, um grupo de fenômenos heterogêneos que, em substância, nada justificaria fossem reunidos e isolados de todos os outros que são estudados pelo direito civil?²

Vejamos, a começar do nosso genial TEIXEIRA DE FREITAS, as principais respostas que têm sido dadas a tal indagação.

A POSIÇÃO DE TEIXEIRA DE FREITAS

56. Encarregado pelo governo imperial de organizar projeto do código civil brasileiro, em longa e sábia exposição, TEIXEIRA DE FREITAS, em 20 de setembro de 1867, fez ao governo interessante e original proposta para a unificação do direito privado. Em vez de um código civil, para vigorar ao lado do Código Comercial de 1850, sugeriu ele a composição de dois códigos, um *Código Geral* e um *Código Civil*,³ compreendendo toda a matéria civil e comercial, porque: "não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se o nome de direito comercial ou código comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não-comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência."⁴ Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que em todo o decurso de um código civil aparecem raros casos, em que seja mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos".

Recusada pela governo imperial, a proposta unificadora de TEIXEIRA DE FREITAS não teve a ressonância que alcançaria, nos meios jurídicos universais, se, em vez de lançada no Brasil, sua idéia de precursor houvesse sido pregada do alto de uma cátedra universitária da Europa.⁵

A POSIÇÃO DE VIVANTE EM 1892

57. Tal repercussão estava reservada à célebre *prolusione* com que VIVANTE, em 1892, abriu o seu curso na Universidade de Bolonha. Nem a ciência nem a lei, dizia ele, lograram distinguir com nitidez

² FRANCESCHELLI, *Corso di Diritto Commerciale*, n.º 1, pág. 1.

³ O *Código Geral* teria as seguintes divisões: Das causas jurídicas, Das pessoas, Dos bens, Dos fatos, Dos efeitos jurídicos e, como consta da exposição de TEIXEIRA DE FREITAS, conteria "todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina".

⁴ Como se vê, TEIXEIRA DE FREITAS incidiu no equívoco, muito comum, de considerar o intuito de lucro como *exclusivo* dos atos comerciais, o que é errado, pois há atos lucrativos de natureza civil.

⁵ "O primeiro fundador do movimento de unificação foi o grandíssimo civilista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS, que precedeu de muitos anos a VIVANTE, como salientou TÓLIO ASCARELLI, in *Revista de Direito Comercial* (de ADAMASTOR LIMA), vol. 11, pág. 33, nota 41.

a linha de separação entre os dois campos, do direito civil e do direito comercial, separação artificiosa contra a qual se rebelava a unidade essencial da vida econômica e, como toda questão de limites, cheia de dúvidas, de dificuldades e de perigos. A autonomia do direito comercial, que surgiu espontânea quando o comércio era exercitado exclusivamente por comerciantes inscritos em corporações, constituía verdadeiro anacronismo numa época em que todos, ou profissional ou isoladamente, podem praticar atos de comércio. Contrastando com a homogeneidade da constituição social, a bifurcação tradicional do direito privado, explicada por motivos históricos que não mais subsistem, só se mantém pela força da inércia. A unificação é possível e a separação é fértil em inconvenientes de toda espécie.

Não é apenas o exemplo clássico do direito romano que prova a possibilidade de uma só disciplina para todas as relações privadas, comerciais ou não, de todos os cidadãos; demonstram-na cotidianamente a jurisprudência inglesa e a americana, que não conhecem nem regras peculiares aos comerciantes, nem uma teoria especial dos atos de comércio. E o exemplo recente da Suíça, unificando, em 1881, seu direito de obrigações, não deixa dúvidas sobre as vantagens de um código único e de uma só teoria para o direito das obrigações, quer civis, quer comerciais.

Por outro lado, são grandes e evidentes as desvantagens, de ordem social e jurídica, que derivam da separação:

1) as leis comerciais são obra de uma classe, infinitamente menos numerosa do que a generalidade dos cidadãos aos quais se impõe, no entanto, a observância de normas feitas exclusivamente no interesse dos comerciantes. Estes, além de serem os elaboradores dos códigos de comércio, cujas normas são ditadas por eles, criam, no seu interesse e pela sua prática, *usos comerciais* que, em certos casos e à falta de lei escrita, adquirem a mesma obrigatoriedade desta, a eles se submetendo também os não-comerciantes, mesmo que desconheçam a existência de tais usos, frequentemente prejudiciais aos consumidores;

2) a divisão é nociva ao exercício da justiça que se exaure muitas vezes na penosíssima questão preliminar relativa a ser a causa de natureza civil ou comercial, de ser a prescrição civil ou comercial etc. Questões inevitáveis, uma vez que nem a lei, nem a ciência, nem a jurisprudência oferecem um conceito preciso do ato de comércio;

3) a faculdade atribuída a juizes e tribunais de conceituar como de comércio, por analogia, atos não enumerados no código, deixa ao variável critério e arbítrio dos magistrados não somente a escolha da lei aplicável como, o que é mais grave e perigoso, a caracterização civil ou comercial da profissão de quem pratica habitualmente aqueles atos de incerta e duvidosa comercialidade. Com as consequências de incorrer em falência e na prática de crimes falimentares quem,

não se sabendo comerciante, não se julgava sujeito a tais riscos e às obrigações profissionais de tal classe;

4) a coexistência de dois códigos prejudica ainda a aplicação do direito pela dificuldade de conciliar as suas disposições quando ambos regulam o mesmo instituto;

5) enfim, a divisão do direito privado é perniciosa ao processo científico. Por um lado, o comercialista, estudando isoladamente cada instituto mercantil, perde de vista a teoria geral das obrigações que pertence a outra disciplina, distinta nos códigos, na doutrina e até no ensino. Descurando o trabalho atento e sagaz do jurista, diante de cada relação nova, fala a todo momento em contratos *sui generis*, em exceções ao direito comum, sem tentar a inserção dos novos institutos nas velhas normas, através do labor científico de uma interpretação adequada. Por outro lado, contrastando com o constante rejuvenescimento do direito comercial, enriquecido sempre de novas relações e novos institutos, o que falta ao direito civil é precisamente tal alimento, morrendo de inanição muitos de seus velhos institutos. Fundidos os dois direitos, trazendo o comercial ao civil as correntes de vida que faltam a este, a obra conjunta de quantos labutam, isolados nos dois campos do direito privado, numa concentração fecunda de esforços e de estudos, conduzirá a uma elaboração científica mais elevada, na qual a pesada massa dos códigos e leis especiais, que parece impedir a formação de um direito científico, será simplificada com a conquista de princípios e definições, que tornarão inúteis e dispensáveis uma infinidade de regras esparsas e inconsideradamente repetidas nas leis civis e comerciais.

Em resumo, concluiu VIVANTE: lutando pelo direito, em defesa do crédito, o comércio medieval trabalhava por todo o povo, e sua disciplina jurídica — o direito comercial —, cuja autonomia então se justificava, transformou-se em patrimônio comum. Hoje, não sendo mais o comércio o monopólio de uma classe privilegiada, mas uma função de que participa cada cidadão, aquela autonomia não tem nenhuma razão de ser.⁶

O brado de VIVANTE pela unificação ecoou em todos os países, conquistando sua idéia adeptos fervorosos e suscitando, ao mesmo tempo, ardorosos opositores.

A REAÇÃO AUTONOMISTA — ALFREDO ROCCO

58. E a reação maior surgiu na própria Itália, onde ALFREDO Rocco, sintetizando o pensamento dos autonomistas, submeteu a rigorosa análise os argumentos de VIVANTE.

⁶ A célebre e magistral aula inaugural de VIVANTE pode ser lida integralmente, como introdução ao seu *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.ª edição. Precedendo-a, na mesma edição, figuram os argumentos com que, em 1919, VIVANTE, refutando-se a si mesmo, surpreendeu o mundo jurídico com a sua conversão à tese da autonomia.

Nada prova, contra autonomia do direito comercial, o fato de, embora regulando a atividade de comerciantes e não-comerciantes, ser o Código Comercial um código de classe, elaborado pelos comerciantes e cheio de disposições favoráveis aos seus interesses, em desfavor da grande maioria dos não-comerciantes. Porque a possível excessiva preponderância dos comerciantes na elaboração das leis comerciais não é devida à autonomia do direito comercial. Mas, tal influência se deve muito naturalmente à pressão que a classe comercial consegue exercer sobre a opinião pública e sobre os poderes do Estado, pelo fato de ser a classe dos comerciantes a mais bem organizada, a mais forte e a que tem interesses de maior relevo a defender. O prevalecimento dos interesses das classes mais fortes e mais bem organizadas constitui fenômeno social inevitável, que depende de causas muito mais complexas do que a existência de um código autônomo para certas e determinadas relações sociais.

Também não é decisivo o argumento extraído da incerteza a que dá lugar a questão preliminar das fronteiras entre a matéria civil e comercial. Porque toda a aplicação do direito é uma questão de limites. Não é possível suprimir a questão de limites no direito sem suprimir o próprio direito. A cada instante se deve indagar, por exemplo, se se está diante de um ilícito civil ou de um crime, se diante de um ato de administração pública violando um verdadeiro *direito privado* ou *público* ou mesmo de um simples interesse; e, no próprio campo do direito civil, se se trata de um contrato de sociedade, ou de mandato, ou de prestação de serviços.

Muito menos relevante é ainda o argumento relativo às deficiências científicas a que teria dado lugar a autonomia. Tais deficiências se explicam antes pela insuficiente cultura de alguns comercialistas e ao imperfeito conhecimento do método.

Realmente valioso, continua Rocco, é portanto apenas o argumento de o direito comercial regular, *de fato*, muitas relações que podem ser perfeitamente estranhas ao comércio "quando se atente na profunda homogeneidade de nossa constituição social, onde as várias classes de cidadãos se encontram e se cruzam, trabalhando conjuntamente na luta pela vida".

Cumprido, pois, examinar:

1.º) qual seja a estrutura da indústria comercial propriamente dita e quais sejam as exigências que ela faz ao direito, exigências que determinaram a formação dum direito especial para o comércio;

2.º) se, hoje, a uniformidade da vida econômica atingiu um tal grau que as exigências da indústria comercial se tornaram agora comuns a *todas as relações econômico-privadas*.

Como resultado dessa análise, e do fato de ser necessária à atuação da função econômica dos comerciantes a possibilidade duma rápida e expedita conclusão dos negócios e a máxima tutela do crédito,

conclui Rocco que, para poder atuar e desenvolver-se, a indústria comercial reclama do direito:

- 1) a maior simplicidade de formas na manifestação da vontade privada destinada à constituição das relações jurídicas;
- 2) a mais eficaz tutela do crédito.

E o direito especial do comércio surgiu e desenvolveu-se precisamente porque o direito comum não satisfazia a tais exigências das quais não necessitavam as relações estranhas ao comércio.

Hoje, a situação é diferente e, mesmo fora do comércio, há na vida econômica necessidade de crédito e, portanto, duma tutela eficaz deste. E a necessidade de formas solenes para a manifestação da vontade diminuiu enormemente em todos os campos das relações econômicas.

Mas, continua Rocco, é prematuro afirmar hoje que as exigências da indústria comercial se tenham feito sentir não só em *algumas* mas em *todas* as categorias de relações econômico-privadas, ou na grande maioria delas. E caso se acentuasse a tendência para a socialização e estadualização dos meios de produção, então, mais do que de fusão do direito civil e do direito comercial, se deveria falar de absorção, pelo menos parcial, dum e doutro, pelo direito administrativo. E seja como for, termina Rocco, a unidade do direito privado não pode ser o efeito dum ato de autoridade do legislador. Esse efeito deverá resultar da homogeneidade substancial das relações econômico-privadas; homogeneidade que hoje falta ainda e que ninguém poderá dizer se virá a resultar da ulterior evolução da vida econômica.⁷

VIVANTE EM 1919

59. Nomeado em 1919 presidente de uma comissão encarregada da reforma do Código Comercial italiano, o próprio VIVANTE repudiou a idéia unificadora e, justificando o projeto de código que tomou o seu nome (Projeto VIVANTE), disse ele: "Antes de iniciar a obra, a comissão não deixou de examinar a oportunidade de fundir, em um código único, o civil e o comercial. Mas o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso... a diferente velocidade com que se elabora o conteúdo destes dois códigos provavelmente oporá sempre um grande obstáculo à unificação".

Em 1952, na sua *Rivista del Diritto Commerciale* (parte I, pág. 572), numa memória explicativa que, com ligeiras modificações, figura como primeira introdução da 5.^a edição de seu *Trattato* (antecedendo a *Prolusione* de 1892), VIVANTE, convertido à tese da autonomia, proclama o dever de justificar sua conversão, que ele

⁷ ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial*, trad. portuguesa de CABRAL DE MONCADA, págs. 63-70.

considera digna de maior atenção, justamente porque, vexatória para o amor-próprio de quem a faz, constitui gesto pouco comum aos juristas, pouco propensos, em geral, a repudiar suas convicções anteriormente manifestadas.

A diferença de método nas codificações civis e comerciais, a disciplina dos títulos de créditos, os negócios entre ausentes, os negócios em massa e sobretudo a índole cosmopolita do comércio e do direito comercial, convenceram-no da inconveniência da unificação que acarretaria "grave prejuízo ao progresso do direito comercial".

Por isso, embora continuando a creditar que "aquela unificação seja um dever de quem estuda e de quem ensina, um dever científico e didático, porque a ciência e a escola devem tender a construções unitárias;... e seja também um dever judiciário, porque a magistratura não pode exercer a sua função social se não tender para o equilíbrio dos interesses e para a unidade das regras ditadas em sua defesa", proclama afinal, em resumo: "A autonomia do direito comercial, que se formou historicamente em face de razões de classe, encontra assim, hoje, uma razão mais profunda e mais ampla para ser conservada, na função cosmopolita do comércio, e especialmente do grande comércio, e no diverso espírito que anima o especulador e o homem da economia rural e doméstica, conservadores de suas tradições".

Temos assim, VIVANTE contra VIVANTE, sendo instrutiva a comparação entre a vibrante e apaixonada *Prolusione* de 1892 e a quase timidez com que o grande comercialista justificou a sua conversão. Podem ser lidas, uma em seguida à outra, na 5.^a edição de seu monumental *Trattato*.

O CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

60. Apesar do recuo de VIVANTE, e embora a seu projeto de 1919 se tenham seguido dois outros (projeto D'AMELIO, em 1925, e projeto ASQUINI, em 1940), contendo todos exclusivamente a matéria comercial, mantido pois o sistema da autonomia, a reforma do direito privado italiano, numa solução inesperada, de cunho nitidamente político e ideológico,⁸ acabou consagrando a tese unificadora, com a absorção pelo código civil da matéria do código comercial. Os motivos da viravolta espetacular do legislador italiano, em sentido oposto

⁸ "...il problema della codificazione sembrò influenzato da concezioni politiche, che valsero a dargli una impostazione nuova; da una parte l'avversione per le parole commercio e commercianti considerate proprie dell'economia capitalista, dall'altra l'esigenza di porre maggiormente, in risalto, il lavoro e di tenere il dovuto conto dell'organizzazione corporativa della Nazione... è parso infatti che non fosse il caso di distinguere fra diritto civile e diritto commerciale, dappoiché la tutela del lavoro si manifestava con eguale necessità in ambedue i campi, mentre poi l'organizzazione corporativa penetrava con eguale intensità in tutti i settori della vita economica della Nazione" (FRANCISCO FERRARA JÚNIOR, *Gli Impreditori e la Società*, n.º 4, pág. 5).

à de VIVANTE, e da qual resultou o desaparecimento do código comercial, ficaram envoltos em mistério que a exposição justificativa do ministro DINO GRANDI não logrou esclarecer.⁹

Desaparecida na Itália, com o advento do código único de 1942,¹⁰ a autonomia formal do Direito Comercial, não cessou ali a controvérsia em torno de sua autonomia jurídica ou substancial, continuando a maioria de seus comercialistas a sustentar que ela ainda se mantém.

E a discussão se perpetua à base de equívocos e de divergências que abrangem desde a própria designação do novo "direito comercial" e a matéria que ele deve disciplinar, até o próprio conceito de autonomia.

A POSIÇÃO AUTONOMISTA

61. É assim que FRANCESCHELLI, que defende intransigentemente a autonomia, faz questão de frisar que, no caso, o direito comercial que ele considera dotado de autonomia há de entender-se "no único modo em que isso seja possível, isto é, como o direito regular da produção e da troca de bens e serviços", em suma: como o direito da empresa em geral, inclusive da empresa agrícola que a tradição do velho direito comercial sempre considerou estranha a sua matéria e fora de seu campo.¹¹ Porque o fato técnico especial justificativo de um direito autônomo é o exercício de uma atividade econômica organizada em vista da produção e da troca de bens ou serviços, e porque, sendo indiferente à disciplina de tal atividade que ela seja comercial ou agrícola, não se pode dizer que a consideração econômico-social contraponha agricultura a comércio mas, de preferência, que contrapõe conservação e gozo a emprego de bens num processo produtivo qualquer, posições estáticas a posições dinâmicas em face dos bens.¹²

⁹ "Come, a questo punto, si sia inopinatamente buttato a mare il lavoro fatto, per rinverdire quell'idea di codice unico che il suo stesso più autorevole difensore aveva, alla prova dei fatti, dimostrato di abbandonare, è per chi vi parla, un mistero, che il racconto delle vicende che a tale svolta condussero fa l'allora guardasigilli DINO GRANDI non riesce a svelare" (REMO FRANCESCHELLI, *Corso di Diritto Commerciale — L'imprenditore*, n.º 8, pág. 9).

¹⁰ A matéria comercial foi distribuída entre o livro das obrigações e o do trabalho (*livro del lavoro*) do Código Civil de 1942; a falência passou a constituir lei especial e o direito marítimo a integrar o novo *Código della Navigazione*.

¹¹ FRANCESCHELLI é o primeiro a reconhecer que sua posição pode dar lugar a que o acusem de destruir com fatos a autonomia que defende com palavras: "perché essendo per tradizione e quasi per definizione l'agricoltura materia di diritto civile, considerandosi cancelatta la linea di confine tra attività produttiva agricola e attività commerciale, anche quest'ultima viene a partecipare della natura della prima, e quindi la sua autonomia, pur propugnata a parole, viene nei fatti smentita" (ob. cit., página 19, n.º 13).

¹² FRANCESCHELLI, ob. cit., pág. 20.

E assim, no conjunto de normas que, figurando no Código Civil, disciplinam a empresa — sua organização, seus elementos, sua defesa, contratos que constituem o objeto da atividade produtiva, títulos de crédito, contratos de trabalho etc., — encontra ele elementos para afirmar, dada a unidade orgânica a que se prendem todos esses institutos relativos à produção e à troca, “ser o direito comercial, ainda hoje, dotado de jurídica autonomia”.¹³

Não se perca de vista, porém, que o novo “*diritto commerciale*” cuja autonomia ele afirma e cujo nome ele conserva está muito longe de coincidir com o direito comercial anterior à unificação.

PARTIDÁRIOS DA UNIFICAÇÃO

62. FERRARA JÚNIOR, ao contrário, nega terminantemente autonomia jurídica ao direito comercial italiano pós-unificação. Como ele mesmo salienta, porém, a polêmica é devida ao fato de os autores não se entenderem, racionando cada um à base de um conceito muito pessoal de autonomia que nem ao menos cuidam de precisar, dando-o como pressuposto.¹⁴

Para ele só se pode falar em autonomia jurídica quando as relações que ocorrem em um setor da atividade econômica *possam recair e recaiam efetivamente, pela sua estrutura, sob os esquemas do direito comum*, ao qual no entanto se *subtraem* por se sujeitarem a uma disciplina particular.

A possibilidade de conflito entre as normas do direito comum e as do direito autônomo é que condiciona a autonomia. Se ambos os sistemas regulam relações estruturalmente idênticas, de modo diferente, haverá a autonomia, em face do direito comum, do direito especial ou excepcional que, com base em princípios próprios, disciplina aquelas relações (é o caso de todos os contratos regulados simultaneamente no código civil e no comercial).

Se as relações são estruturalmente *heterogêneas*, embora seja distinta a sua disciplina, nunca poderá surgir o conflito de normas, uma vez que cada uma se refere a hipótese diferente, cada uma tem o seu próprio âmbito de aplicação. Não se poderá, pois, em tal caso, falar-se em *direito autônomo*, mas, unicamente, em *parte especial* do direito. É o que acontece com o direito de família, o direito das coisas, o direito de obrigações etc. São partes dominadas por princípios próprios, que são distintos, mas não opostos aos que prevalecem em outros campos e com os quais não podem jamais interferir.¹⁵

¹³ FRANCESCHELLI, ob. cit., pág. 15.

¹⁴ FERRARA JÚNIOR, ob. cit., pág. 8, nota 11.

¹⁵ e ¹⁶ FERRARA JÚNIOR, ob. cit., pág. 9: “*Parlare riguardo al regolamento di un complesso di rapporti aventi una tipicità di struttura di diritto autonomo è una formula vuota di contenuto, un'etichetta falsa. Qui siamo in presenza di una parte speciale del diritto. Perciò non sono diritti autonomi, ma parti speciali del diritto, non solo il diritto di famiglia, i diritti reali, i diritti di obbligazione, rispetto ai quali non se n'è mai*

Em suma, para FERRARA JÚNIOR, a autonomia de um direito, em sentido técnico, só existe quando se verificam as três condições seguintes: a) que haja um corpo de normas regulando todas as relações de determinado setor da atividade econômica; b) que tais relações não sejam estruturalmente diferentes das que são disciplinadas dominado por princípios diretivos próprios e diversos dos que valem para outros setores.¹⁶

Assentada assim a sua noção de autonomia, conclui FERRARA JÚNIOR pela sua inexistência no direito comercial italiano atual: para a categoria mais importante de relações (contratos e obrigações) a disciplina é uma só, não se distinguindo, no código civil, as comerciais das civis. Para outras relações e especialmente para as *empresas comerciais* existe uma disciplina particular, mas, sendo aquelas relações estruturalmente diversas das que são disciplinadas pelo direito comum, as normas que as regem jamais poderão entrar em conflito com este, faltando, pois, o requisito básico para a afirmação de sua autonomia jurídica.

Negando esta, FERRARA JÚNIOR, por questões de oportunidade, aconselha, no entanto, a autonomia didática do direito comercial, devido ao tecnicismo particular e à complexidade econômica das relações comerciais, cujo conhecimento exige do intérprete das normas aplicáveis a tais relações uma sólida preparação econômica e amplos conhecimentos de contabilidade, organização das empresas, técnica mercantil etc. de que não precisa o civilista.

E é interessante assinalar que o *autonomista* FRANCESCHELLI funde a matéria civil com a comercial, trazendo a empresa agrícola para o campo do "novo direito comercial". E o *antiautonomista* FERRARA JÚNIOR mantém para o âmbito didático do direito comercial, cuja autonomia jurídica nega, os antigos limites do velho direito comercial,¹⁷ o estatuto pessoal do comerciante (*imprenditore commerciali* e *società commerciali*), o estabelecimento comercial, seus elementos, seus privilégios, sua defesa (concorrência desleal), títulos de crédito, contratos típicos do comércio etc.

¹⁷ FERRARA JÚNIOR, ob. cit., pág. 11, n.º 6: "...il nucleo fondamentale è dato dalla disciplina speciale che vale per le imprese mercantili, ma ad esso deve aggiungersi la disciplina delle società soggette a registrazione, che costituiscono la forma necessaria con cui l'impresa commerciale si esercita collettivamente. Inoltre al diritto commerciale appartiene lo studio dell'azienda con i suoi segni distintivi e delle privative industriali, la teoria della concorrenza sleale e la materia dei consorzi, lo studio dei contratti tipici delle imprese commerciali... lo studio dei titoli di credito... ed in fine lo studio del fallimento e delle procedure concorsuali che si applicano solo agli imprenditori commerciali".

dubitato, ma neppure, in un ambito più ristretto, il diritto cambiario, il diritto fallimentare, il diritto delle assicurazioni, il diritto del lavoro e lo stesso diritto industriale etc."

E ainda mais curioso é observar que FERRARA JÚNIOR, um dos poucos comercialistas italianos que negam a autonomia jurídica do novo direito comercial, acaba preconizando a volta ao sistema da autonomia jurisdicional e processual, isto é, àquilo que originou, manteve e difundiu a autonomia do direito comercial. Porque aos comerciantes, diz êle, pelo ritmo intenso com que se desenvolvem as relações de seus negócios, não interessa tanto “*ter razão*” como obter o seu reconhecimento em tempo útil: de nada lhes vale uma justiça tardia. E considera urgentíssima a reforma radical do mecanismo processual a fim de que, ficando ao prudente arbítrio dos magistrados especiais do comércio a fixação de termos breves, levando-se em conta as circunstâncias de cada caso e as estritas necessidades da defesa, seja assegurada aos comerciantes a justiça oportuna e rápida que, aliás, não constitui asperiação somente deles, mas de todas as classes.¹⁸

OUTRAS POSIÇÕES

63. Entre os mais decididos adeptos da idéia unificadora de VIVANTE figura MÁRIO ROTONDI, que continuou a sustentá-la até sua consagração na reforma de 1942.

No entanto sugeriu ele a sobrevivência do direito comercial em um *Codice del Diritto Aziendale* que compreenderia entre outras as normas relativas ao “estabelecimento” (*azienda*), seus elementos, seus sinais distintivos, relações de que é objeto, concorrência desleal, falência e outros processos de liquidação etc., que razões práticas e sistemáticas desaconselham seu enquadramento no sistema do código civil. E assim, reunidas em um código ou constando de leis especiais, o *diritto aziendale* continuaria a tradição de autonomia do direito comercial.¹⁹

O VERDADEIRO PROBLEMA

64. Como se vê, o verdadeiro problema não é mais o de saber se é ou se deve ser autônomo o direito comercial, mas que coisa se deve entender por direito comercial. Tudo se discute em relação ao assunto: o nome, os limites e a própria subsistência do velho direito mercantil.

¹⁸ FERRARA JÚNIOR, ob. cit., pág. 12, n.º 7.

¹⁹ “Il concetto fondamentale di azienda come aggregazione concreta dei fattori della produzione al fine della produzione di beni o di servizi, così com'è nell'uso corrente della nostra lingua... diverrebbe allora il centro di raccolta di tutte le norme che vi si riferiscono, e (protebbe servire aziendale, ponendo in evidenza anche nel campo giuridico l'autonomia di elaborazione specifica di una economia aziendale o di tecnica aziendale” (M. ROTONDI, *La riforma della legislazione commerciale*, apud FRANCESCHELLI, ob. cit., pág. 18).

Tem razão JEAN VAN RYN quando compara o direito comercial de hoje com a Polónia constantemente ameaçada pelos vizinhos poderosos que desejam partilhar entre si o seu território. É ele uma disciplina ameaçada simultaneamente pelo direito civil e pelo direito administrativo, pelo direito processual etc., que o desmembrariam completamente, ficando-lhe, como compensação, a vitória de infundir em seus conquistadores o espírito das instituições mercantis que hoje domina todo o setor económico da vida civil.

E o problema de sua natureza e de sua autonomia, continua o professor de Bruxelas, avulta de importância num momento em que é todo o direito, público e privado, que se encontra em plena metamorfose. Os ataques sofridos pelo direito comercial se explicam pela vetustez das noções fundamentais sobre que foi edificado.

Dai a necessidade de ser revisto e mesmo *reconstruindo* desde as fundações, incumbindo ao comercialista, como tarefa inicial, a de propor o plano para os alicerces da nova construção. E o próprio nome tradicional deveria ser abandonado, pois que ele deixou de corresponder, há muito, ao conteúdo, do direito comercial, considerando VAN RYN paradoxal que a palavra comércio não tenha o mesmo sentido para os economistas e para os juristas.

Quanto ao domínio do direito comercial, distingue VAN RYN entre o seu domínio *formal*, aquele que lhe atribui o direito positivo vigente, e o domínio *virtual*, aquele que lhe compete em razão de seu *objeto* e que se confundiria, em plano diferente, com o da economia política.

Considerando-se apenas o domínio *formal* do direito comercial, VAN RYN dá razão a quantos preconizam o seu desaparecimento, porque têm sido vãs as tentativas de justificar o direito comercial positivo segundo um plano racional ou de extrair de suas normas esparsas e diversas o carácter e os princípios comuns que as animam. Encarando, porém, o direito comercial como o direito dos negócios (*le "droit des affaires"* — como sugere HAMEL) ou o direito das atividades económicas, acha ele possível pôr em evidência o princípio de unidade que justificará o agrupamento em uma só disciplina destas regras diversas. Será assim possível dar ao *direito económico* a configuração, a extensão que racionalmente lhe convém e fácil será definir suas noções fundamentais.

E assim, mudando-lhe o nome, a extensão e os limites, VAN RYN conclui no sentido de que as transformações do mundo económico moderno não implicam de modo algum nem o desaparecimento nem o declínio do *direito comercial*, cujo domínio passa a abranger todas as atividades económicas no mais amplo sentido. Não se falará mais em ato de comércio e em comerciante, noções tradicionais ultrapassadas, mas em *empresa económica* e em *instituição comercial*. Compreendendo ele por instituições comerciais, segundo a terminologia de HAURIOU, todas as combinações criadas pela prática dos negócios e que se transformaram em instrumentos em mecanismos aperfeiçoa-

dos e indispensáveis à vida econômica: instituições-coisas (títulos de crédito) e instituições-incorporadas (sociedade anônima, fundo de comércio, massa falida).²⁰

Com a amplitude que lhe dá o professor belga, o *direito comercial*, em vez de ter o seu território invadido e desmembrado, no impeto final de seu imperialismo avassalador, tomaria ao direito civil o insignificante setor econômico que ainda lhe resta.

A OPINIÃO DE JEAN LIMPENS

65. JEAN LIMPENS, professor nas Universidades de Bruxelas e de Gand salientando a importância que apresenta a questão da unificação material, substancial ou jurídica do direito privado, fundamenta-a sobretudo na consideração de que desde trinta lustros os estudiosos porflam em intermináveis polêmicas sobre o próprio conceito de *comercialidade*. E referindo-se aos milhares de decisões já proferidas pelos tribunais belgas sobre tal conceito, lamenta o tempo, o trabalho e o papel sacrificados para a subtil distinção entre a *matéria comercial* e a *matéria civil*. E pergunta se merecem ser mantidas as normas específicas do direito comercial. Apontadas as soluções várias que, no espaço, as diversas legislações têm dado a tal problema, conclui, em síntese, o professor belga, não só pela possibilidade como pela conveniência do desaparecimento da velha distinção entre o direito civil e o comercial, cujo maior obstáculo seria a existência dos Tribunais do Comércio (na Bélgica, como na França), porque:

a) o *direito comercial objetivo*, baseado na distinção entre atos de comércio e atos civis, não tem nenhum fundamento. Nascido da revolução francesa, deveria ter desaparecido com ela;

b) o *direito comercial subjetivo*, de tradição quase milenar, embora tenha raízes mais profundas, reduz-se atualmente a quase nada: a inscrição no registro do comércio, a obrigação de ter livros e a falência;

c) e como nenhuma dessas distinções é fundamental, perdendo o problema qualquer importância nos países (como a Holanda, por exemplo) que não estabelecem, entre comerciantes e não-comerciantes, distinções relativas à competência, à prova, à falência, conclui LIMPENS que, reduzindo aquelas distinções a sua mais simples expres-

²⁰ JEAN VAN RYN, "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1953, págs. 565-575: "Si l'on admet que le domaine du droit commercial, ce sont les activités économiques au sens le plus large, on devra reconnaître en même temps la nécessité d'ériger ce droit en discipline autonome... En un mot, les distinctions, traditionnelles sont aujourd'hui largement dépassées. Les notions essentielles... se ramènent à deux: celle de l'entreprise économique, et celle de l'institution commerciale".

são, prestará o legislador inestimável serviço a seu país, porque terá banido de seus códigos fontes múltiplas de incertezas e de conflitos.²¹

A POSIÇÃO DE RIPERT

66. Também na França entende RIPERT que, ressalvadas as regras disciplinadoras da profissão mercantil — que existem mesmo nos países que não têm um direito comercial propriamente dito —, é difícil justificar a existência de normas especiais a atos ou contratos comerciais.

Atos que, pela sua *forma* ou *objeto*, têm caráter mercantil e certos mecanismos jurídicos, que pertencem ao domínio do direito comercial, são empregados também fora do comércio. Sejam, pois, incluídos em um código geral do direito privado ou sejam regulados em leis especiais, o código de comércio deve desaparecer, à falta de um princípio de coerência e de orgânica unidade de suas normas.²²

JEAN ESCARRA E A UNIFICAÇÃO

67. JEAN ESCARRA, o grande comercialista francês recentemente falecido, repudiando o sistema objetivo do Código Comercial de 1807, salienta que o direito comercial de nossos dias voltou a ser, de fato, o que foi, desde suas origens até àquele código, o direito profissional dos comerciantes. E, com o intervencionismo crescente do Estado na vida econômica privada, o direito comercial se distancia rapidamente de suas apregoadas características de celeridade, simplicidade e ausência de formalismo. Perdendo dia a dia seu caráter contratual, tende a ser um direito institucional, no qual se multiplicam as disposições de ordem pública, de sorte que a menor operação desencadeia um complicado sistema de intervenções administrativas, de restrições e de interdições de toda ordem.

Em consequência de tais modificações, o problema da unificação do direito privado toma uma direção inesperada: não se tratará mais de fusão do direito civil e comercial, mas de absorção do direito comercial pelo direito público.

Mas... acentuando-se igualmente e cada vez mais o caráter internacional do direito comercial, cumpre evitar seu aprisionamento no quadro do direito privado nacional de cada Estado. É necessário deixá-lo livre e independente, como — aquilo que sempre quis ser — o direito da comunidade internacional dos comerciantes.

E conclui ESCARRA: longe de se justificar unicamente pela força da inércia, a autonomia do direito comercial, saída das realidades vivas da história, é, mais do que nunca, imposta pelos ensinamentos

²¹ JEAN LIMPENS, "L'unificazione del diritto civile e commerciale", in *Revista del Diritto Commerciale*, de 1953, págs. 417-433.

²² GEORGE RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n.º 12, pág. 8.

de nosso tempo. Em suma, é indispensável a autonomia do direito comercial.²³

Verifica-se, porém, que JEAN ESCARRA muito mais do que da unificação do direito privado é adversário convicto da codificação do direito comercial.

"É bem possível — diz ele em seu excelente *Manuel* — que a mobilidade da *matéria comercial* torne sua codificação pouco desejável. Seria melhor, possivelmente, que se introduzam no Código Civil revisto certas regras de princípio contidas no atual Código de Comércio e se conservem as leis particulares, codificando-as, isto é, revendo sua redação e harmonizando-as, umas com as outras".²⁴

E pode-se duvidar mesmo das convicções autonomistas do grande mestre francês. Porque, presidente da comissão de reforma do Código Comercial, lançava ele, em 1948, estas interrogações significativas, que traduzem, pelo menos, uma grande hesitação em face do secular problema: "Será indispensável manter uma oposição constante, em todos os domínios, entre as instituições do direito privado geral e as instituições peculiares ao comércio? Se todos estão de acordo em que os comerciantes, por questões de simplicidade, de celeridade, de crédito, têm necessidade de regras particulares para a conclusão e a prova de seus contratos, para o julgamento de seus litígios, a execução de suas obrigações, por que motivo privar os demais cidadãos das vantagens tradicionalmente reservadas à legislação comercial? Será lógico, por exemplo, admitir-se a prova exclusivamente testemunhal de um contrato de abertura de crédito bancário de dezenas de milhões, ao passo que um empréstimo civil de mais de 5.000 francos só possa ser provado por escrito". E responde ele mesmo a tais perguntas, sugerindo que as duas comissões de revisão, do Código Civil e do Código Comercial, trabalhem de acordo a fim de reduzir uma oposição obsoleta, harmonizando a legislação civil e a legislação comercial em todos os pontos em que seja *desejável* tal harmonização. Vê-se, porém, claramente que ESCARRA empregou inadvertidamente a palavra *desejável* (*souhaitable*) em vez de *possível*, que traduziria melhor o seu pensamento. Sempre que *possível* será *desejável* a harmonização preconizada.

Em suma, parece fora de dúvida que o grande comercialista francês é francamente partidário, pelo menos, da unidade do direito de obrigações.

²³ JEAN ESCARRA, *Manuel de Droit Commercial*, 1.º vol., 52, pág. 28. Contra o motivo principal a que se apegava ESCARRA para pronunciar-se pela autonomia — o prejuízo que a unificação traria à internacionalização do direito comercial — objeta-se, como o faz LIMPENS, que a Suíça, apesar da unificação interna, aderiu à Lei Cambial Uniforme de Genebra muito antes da Bélgica e outros países de direito comercial autônomo.

²⁴ J. ESCARRA, *Manuel*, vol. 1.º, n.º 62, pág. 33. Posteriormente, em sua *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n.º 1, ano de 1948, pág. 4, insistiu ele: "*Au rythme actuel de l'évolution du droit commercial, elle-même commandée par l'évolution économique, politique et sociale, les lois devraient être mises sur fiches, les fiches étant périodiquement remplacées*".

E as dúvidas em que se debate a comissão revisora sobre o melhor caminho a seguir para a conceituação e a delimitação deste direito comercial não são de molde a animar os partidários da autonomia, uma vez que, depois de um século e meio de estudos, de polémicas e de perplexidades, o presidente da Comissão conclui melancolicamente que “a dificuldade está em se encontrar o verdadeiro critério da comercialidade: especulação? circulação? mediação? empresa?”

DIREITO DAS EMPRESAS

68. E sendo, há muito, favorável ao sistema do direito comercial como o direito das empresas, acha relativamente fácil a definição da noção econômica e social da empresa, não sabendo, porém, ESCARRA, com que elementos se possa caracterizá-la juridicamente.²⁵ O novo direito comercial será o *direito da empresa*. Que é, porém, a empresa? Seu conceito e sua definição jurídica constituem novo pomo de discórdia, centro de novas divergências e controvérsias e a construção de sua teoria será — para os que fazem dela a linha divisória entre direito civil e comercial — a principal tarefa da ciência jurídica mercantil.²⁶

No VI Congresso Jurídico Nacional, do Brasil, reunido em São Paulo, de 11 a 18 de janeiro de 1955, um dos temas discutidos com maior brilhantismo foi “a elaboração do conceito e empresa para extensão do âmbito do direito comercial”, do qual foi relator o Professor VALDEMAR FERREIRA. Dos debates, em que tomaram parte eminentes juristas, evidenciam-se as incertezas, flutuações e vacilações que cercam o conceito de empresa, sobre o qual se pretende erguer o novo edifício do direito comercial.²⁷

²⁵ JEAN ESCARRA, revista e volume citados na nota anterior. Em meio a tantas dúvidas, fixe-se o ideal apontado aos legisladores: “*en réalité, qu'il s'agisse de codes ou lois, l'idéal du législateur devrait être de n'acquiescer qu'un nombre restreint de dispositions d'ordre public, lapidairement rédigées, et de rejeter tous les textes, n'ayant qu'une valeur énonciative ou interprétative, puisque ceux-ci peuvent être écartés par la volonté des parties. Mais, si cette solution extrême se révèle impraticable, on pourrait du moins souhaiter que les lois fussent à l'avenir des lois, c'est à dire des commandements impératifs du législateur, et non d'interminables règlements dans lesquels ces commandements sont noyés*”.

²⁶ ALBERTO ASQUINI, “Profil de l'Imprensa” in *Riv. del Dir., Com.*, ano 1943, 1.º, págs. 1 e segs.: “...la costruzione di questa teoria è soprattutto compito — il nuovo compito — della scienza del diritto commerciale”.

No mesmo sentido, na Espanha, GARRIGUES (Joaquim), *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo 1.º, vol. I, pág. 29.

²⁷ Veja-se na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. V (janeiro-julho-955), págs. 1 a 34, a íntegra dos debates. E registrem-se, entre outras, as impressões de VALDEMAR FERREIRA para quem “é variável e incerto” o conceito de empresa, e de FRANCISCO CAMPOS, a quem o presidente GETÚLIO VARGAS confiara a elaboração de um projeto de Código Comercial e que proclama a grande decepção que lhe cau-

Para o Prof. RUI DE SOUSA, "a empresa é realidade nova no campo jurídico, que foi buscá-la no quadro da Economia Política para fornecer ao Direito a plasticidade óbvia da ação jurídica, que deverá acompanhar, tão presta quanto possível, a ação do mundo econômico. Tomando-a como fulcro, o velho Direito Comercial terá des-coberto e usado a fonte da juventude".²⁸

Recentemente, entre nós, a lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962 — lei de repressão ao abuso do poder econômico — deu da empresa a seguinte noção: "considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos".

SÍNTESE DO PROBLEMA

69. Síntese muito interessante do problema que vimos examinando encontra-se nas sugestões e conclusões do 5.º Colóquio Internacional de Ciências Humanas, organizado pelo *Centre National de la Recherche Scientifique*, reunido em Paris, nos dias 6 a 10 de outubro de 1953, no qual foi discutida a "unificação do direito privado".

As duas teses antagônicas — unificação ou dicotomia — foram magistralmente defendidas pelos respectivos partidários, sendo sensível, porém, o predomínio da primeira, com a manifestação *unânime* do Colóquio no sentido de diminuir o particularismo do direito comercial e de se modificar o seu domínio — como passo para a unificação.²⁹

O relatório de A. Tunc, cujas proposições foram adotadas, salientou os exemplos das legislações que desconhecem a discutida dualidade: a dos Estados Unidos, cuja unificação está realizada desde o século XVIII; da Suíça, cujo Código de Obrigações, unificado desde 1881, dedica os três últimos livros (compõe-se de cinco ao todo) à matéria comercial; da Itália, cuja unificação é de 1942; na Holanda

²⁸ RUI DE SOUSA, *Atualização do Direito Comercial*, pág. 294. Nesta brilhante monografia, com a qual conquistou a cátedra de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, o autor buscou fixar uma concepção jurídica da empresa, colocando "o problema da empresa como o objeto do Direito Comercial reestruturado e atualizado" (ob. cit., pág. 305) ..

²⁹ "Tout en notant ces divergences de vues, le Coloque se constate au moins unanime pour souhaiter que soit diminué le particularisme du droit commercial et que soit modifié son domaine. Ce pas vers l'unification aurait d'ailleurs l'avantage de rapprocher le droit français de la plupart des législations étrangères, donc de contribuer à un rapprochement international des droits et, peut être, de faciliter leur unification, au moins partielle, dans l'avenir" (*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 7.º, julho-setembro-954, pág. 579).

son o *Tratado de Direito Comercial* de VILLAND, cujo sistema se baseia no conceito de empresa, ao "ver volatilizar-se em algumas páginas um conceito a que ele tinha atribuído um caráter, de certa maneira, básico e fundamental".

existe ainda um Código de Comércio que se vai despojando progressivamente de seu conteúdo, sendo a falência aplicada aos não-comerciantes desde 1896, e havendo uma reforma de 1934 abolido não apenas o conceito de ato de comércio como qualquer distinção entre comerciante e não-comerciante.

Mostrou o relatório as divergências que cercam o próprio conceito de autonomia do direito comercial — para uns sua existência depende de ter o direito comercial um espírito próprio, fontes particulares e técnica especial — salientando-se que sob tal aspecto o direito comercial, na hora atual, já está quase desaparecido, embora tendendo, porém, a reaparecer sob seu aspecto clássico de direito internacional e de direito regulamentado pela autoridade. Para outros, a autonomia dependeria do simples fato de ser o comércio regulamentado especialmente como tal, qualquer que seja a base do sistema legislativo: empresa, ato de comércio ou comerciante.

E afirmando, sob tal aspecto, existência de um direito comercial autônomo na França, o Colóquio, examinando os fundamentos de tal particularismo, concluiu:

a) que não há motivo para a distinção entre atos civis e comerciais, devendo ser, pois, unificada a matéria de obrigações;

b) quanto a comerciantes e empresas comerciais, as opiniões se dividiram. MAZEAUD, TUNC, ESCARRA e AMIAUD sugeriam a supressão daqueles conceitos e a edificação de um direito da empresa e do empresário, esclarecendo MAZEAUD que de tal reforma resultaria a completa unificação do direito privado, convertido o *direito da empresa* em simples capítulo do direito privado, como o da família, das coisas e das sucessões.³⁰

HOUIN discorda de MAZEAUD: a reforma, mais aparente do que real, apenas alargaria um pouco mais o domínio atual do direito comercial, que conservaria — e deve conservá-lo — o seu particularismo;

c) diante das incertezas de que está rodeada a definição da empresa, manifestaram-se receios de que as graves dificuldades suscitadas, na prática, pela noção de ato de comércio, sejam substituídas ou agravadas pelas que resultam do conceito vário e incerto de empresa;

*d) que, em qualquer hipótese, deverá ser conservada a autonomia didática da disciplina, para estudo das instituições mercantis.

E finalmente, como conclusão mais importante, que revela uma aspiração comum a todos os estudiosos do direito privado, o voto unânime do Colóquio, a que inicialmente já se fez referência, no sentido de que, reduzido cada vez mais o particularismo do direito comercial, e modificado seu domínio, se dê um passo decisivo no caminho da unificação, pelo menos parcial, dos dois ramos do direito privado.

³⁰ Ponto de vista que, como vimos em o n.º 62 deste capítulo, é o de FERRARA JÚNIOR.

CONCLUSÕES

70. Já vai muito longa a exposição de um problema que havíamos considerado "destituído da importância que se lhe atribui geralmente".

É tempo de concluir, apontando com simplicidade e clareza a solução que, parece-nos, melhor convém ao estado atual de nossa legislação.³¹

Como se verifica, coexistem nas diversas legislações atualmente em vigor os dois sistemas, da unidade e da autonomia.

Qual a nossa situação a respeito?

Suprimidos desde 1875 os Tribunais de Comércio, unificado o processo que, em todo o país, é um só para as causas comerciais e as civis, a autonomia formal permanece ainda, com a coexistência dos dois códigos, civil e comercial.

As diferenças substanciais atenuam-se, porém, dia a dia e, por ser o Código Civil 70 anos mais novo do que o Comercial, está aquele mais *comercializado* do que este, tendo acolhido em suas normas princípios tidos como característicos do direito comercial, em cujo Código de 1850 não se encontram.³²

31 "...deixando as alturas desse olímpico debate e abandonando o rigor científico dos argumentos, baixemos à realidade dos fatos e à observação empírica", como fez magistralmente FILADELFO AZEVEDO em notável conferência sobre "A Unidade do Direito Obrigacional", pronunciada no Instituto dos Advogados de São Paulo e publicada na *Revista Forense*, n.º 97, págs. 5 e segs.

32 A liberdade de formas, isto é, a ausência de formalismo deixou há muito de ser privilégio do direito comercial que, ao contrário, em certos setores (títulos de crédito, por exemplo) adota um rigoroso formalismo, só comparável ao do primitivo *jus civile* dos romanos. Mesmo sem falar nos títulos de crédito, são justamente as relações do grande comércio nacional e internacional as que, como lembra ASCARELLI, se vão submetendo a formas cada vez mais rigorosas quanto à manifestação da vontade. Quanto à maior facilidade de provas, lembre-se que o art. 123 do Código Comercial limita a quatrocentos mil réis (hoje quarenta centavos) o valor dos contratos que admitem a prova exclusivamente testemunhal. Ao passo que o Código Civil (art. 141) fixou tal limite em mil cruzeiros (atualmente Cr\$ 1,00) que a lei n.º 1.768, de 18 de fevereiro de 1952, elevou para dez mil cruzeiros (hoje Cr\$ 10,00). A taxa legal de juros é a mesma para as obrigações civis e comerciais.

Enquanto nos termos do art. 138 do Código Comercial os efeitos da mora nas obrigações comerciais só "começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento", o Código Civil, consagrando o *dies interpellat pro homine*, dispõe em seu art. 960 que "o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor".

A presunção de solidariedade, geralmente apontada como essencial nas obrigações comerciais, inexistiu também em nosso direito, como elemento diferenciador dos dois ramos do direito.

Assim, por exemplo, se toda fiança comercial é solidária (art. 258), também o é a civil (art. 1.493 do Cód. Civil), se declaradamente não se

Desaparecidas, pois, as diferenças tradicionais, ou melhor, passando estas a existir em favor do Código Civil, mais moderno, por que motivo, científico ou prático, manter uma distinção que se torna cada vez mais difícil justificar? "Se o direito civil, mais lerdo, avançou e até sobrepujou, entre nós, o comercial, por que distanciá-los de novo?"³³

No Brasil, mais do que em outros países, como a França e a Bélgica, que conservam ainda a dualidade da jurisdição e do processo, podemos afirmar que a unificação em grande parte já se efetuou.

E se os comercialistas que defendem a dualidade, como salienta ASCARELLI, para justificá-la, "devem realizar um esforço notável para indicar quais são hoje os princípios gerais do direito comercial", e se "assim como o direito especial se desenvolve em função de uma jurisdição particular ou de um fenômeno processual peculiar, assim também a sua fusão com o direito geral segue necessariamente a abolição da jurisdição particular ou a cessação do fenômeno processual",³⁴ se países que mantêm a liderança da economia e do comércio mundiais como Inglaterra e Estados Unidos, não conhecem a dualidade, se outros, como Suíça e Itália, a suprimiram, sem inconvenientes,³⁵ ou com vantagens, por que haveríamos nós de repelir o que já está praticamente feito, aviventando, com um novo código comercial, os limites divisórios praticamente extintos dos dois ramos do direito privado?

³³ É pergunta de FILADELFO AZEVEDO, in conferência citada, que considerando não só possível como conveniente, sob todos os aspectos, a unificação, afirma, com inteira razão, ser menos defeituosa "a inclusão de contratos privativos ou predominantemente mercantis em um Código de Obrigações do que uma divisão arbitrária e empírica desses atos". E a manter-se a dualidade de códigos, optaria ele, se necessário, pela passagem para o Código Comercial da matéria de obrigações, porque "muito maior parentesco se apura entre os contratos considerados mercantis e os outros, do que entre as obrigações e a família".

³⁴ TÚLIO ASCARELLI, "A evolução do Direito Comercial", in *Revista de Direito Comercial*, de ADAMASTOR LIMA, vol. 11, págs. 36, notas 48 e 33.

³⁵ Quanto ao prejuízo que a unificação interna causará ao ideal da unificação internacional do comércio, salienta-se ter sido a Suíça dos primeiros países a adotar a Lei Cambial Uniforme de Genebra.

reservarem os co-fiadores o benefício de divisão. E, tanto na civil como na comercial, pode o fiador demandado exigir que a penhora se faça em primeiro lugar nos bens do devedor principal (arts. 261 do Código Comercial e 1.491 do Código Civil).

E a própria prescrição, cujo prazo geral é menor no Código de 1850 do que no de 1917, em certos casos particulares (anulação ou rescisão de contratos, por coação, erro, dolo, simulação ou fraude) é muito mais rápida, no Código Civil.

E, antes do dec. n.º 21.368, de 18 de julho de 1932, não se podia interromper prescrição comercial por qualquer ato inequívoco com que o devedor reconheça sua obrigação, como disposto no art. 172, n.º V, do Código Civil.

DIFERENÇAS ELIMINÁVEIS

71. A que se reduzem, entre nós, as diferenças a ser eliminadas? A existência de contratos e de instituições típica e irreduzivelmente mercantis — bolsas, armazéns gerais, bancos, contratos de conta-corrente, abertura de crédito etc? Que razões, de ordem científica ou de ordem prática, impediriam sua inclusão em um Código Único de Obrigações, como um de seus capítulos? E se tais instituições e tais contratos servem indistintamente a todos, comerciantes ou não, por que seriam obstáculos à unificação? Quanto aos títulos de crédito, também acessíveis a todos, sua natureza *neutra*, apesar de serem criação do direito mercantil, se demonstra pela hesitação de muitos tratadistas que não sabem se devem incluí-los no código civil ou no comercial. Não estão os títulos ao portador disciplinados em nosso Código Civil? A diferença dos prazos de prescrição, em parte existente ainda, ninguém duvida disso, desaparecerá, com vantagens para todos, a uma simples penada do legislador. Seria absurdo mantê-la, quando nada o justifica, e seria estultícia considerá-la como obstáculo à unificação do direito de obrigações.

Quando não houvesse outro argumento a favor da supressão de tal diferença, bastar-nos-ia o ridículo que representa para a nossa ciência jurídica o fato de, depois de mais de cem anos de vigência do Código Comercial, não se haverem harmonizado doutrina e jurisprudência, quanto à prescrição da dívida dele resultante, em torno do ato mais comum e mais freqüente: a compra, para consumo, feita a comerciante.

E é significativo assinalar que, com apoio nos mesmíssimos artigos 11 e 12 do regul. n.º 737, CARVALHO DE MENDONÇA sustenta ser o ato comercial para ambas as partes, OTÁVIO MENDES entende que é civil para ambas, e SILVA COSTA que é misto, civil para o não-comerciante, comercial para o comerciante.

Apesar de, como pondera VALDEMAR FERREIRA, cortar o art. 446 do Código Comercial o nó górdio da secular disputa, no que se refere à prescrição, quanto tempo, quanto papel e quanta injustiça (as surpresas decorrentes da vacilação jurisprudencial são causas de injustiça) têm custado tal questão, aparentemente tão simples?

Diga-se com ALFREDO Rocco que a unificação do direito civil e comercial não suprimirá as dificuldades da aplicação do direito, que é toda ela, e sempre, uma tormentosa questão de limites.

É intuitivo, porém, que se é impossível suprimir tais dificuldades naturais, absurdo será juntar a elas, agravando-as e multiplicando-as, dificuldades artificiais resultantes de diferenças e distinções não impostas por nenhum princípio doutrinário e por nenhuma utilidade prática.

Como obstáculo único à unificação, subsistiria entre nós a separação entre comerciantes, sujeitos à falência e beneficiários da concordata, e os não-comerciantes, aos quais não se aplicam aqueles institutos.

Tal separação, que não pertence à história³⁶ mais antiga do direito comercial, não corresponde evidentemente à realidade e à natureza das coisas.³⁷

Pelo contrário, não é apenas possível, mas é de toda conveniência, a extensão da falência a quantos recorrerem ao crédito, qualquer que seja sua profissão.

O processo falimentar poderá diferenciar-se, para distinguir entre grandes e pequenas falências, conforme seja maior ou menor o passivo. A profissão do devedor não influiria, porém, para qualquer distinção.

Desaparecidas assim as distinções relativas à jurisdição, ao processo, à forma, à prova e à prescrição das obrigações, e à falência, objetar-se-ia ainda com a necessidade de uma regulamentação peculiar à profissão do comerciante: registro do comércio, obrigações de ter livros etc.

Argumento fraquíssimo se se não quiser erigir em direito autônomo o dos Advogados, com a sua *Ordem*, o dos Médicos, o dos Economistas, dos Farmacêuticos, dos Dentistas etc.

Todas as classes, não só a dos comerciantes, têm as suas prerrogativas, as suas obrigações e a sua peculiar disciplina.³⁸

Em síntese, pois: é indiferente que se distribuam dessa ou daquela maneira, ou em um, em dois ou em vários códigos a matéria de que se compõem hoje os dois códigos de direito privado e as centenas de leis civis ou comerciais, a eles posteriores. O que não encontra justificativa nem nos hipotéticos e discutíveis *princípios* de direito comercial, nem na pública e comum utilidade, é a duplicidade do direito de obrigações e, para efeitos de falência, a distinção entre comerciantes e não-comerciantes.

E não se perca de vista afinal que a principal objeção contra a unificação do direito privado, isto é, a maior rapidez com que se transformam as relações comerciais ou econômicas e, pois, com que envelhecem as normas que as regem — em contraste com a maior estabilidade do direito de família, das coisas e das sucessões — constitui argumento não propriamente contra a unificação, mas contra a codificação do direito comercial ou econômico.³⁹

³⁶ Os estatutos e ordenanças medievais não restringem o processo da falência somente aos comerciantes, salientando VIVANTE que a limitação expressa do instituto aos comerciantes foi obra da *Ordonnance* de 1673, "a grande matriz dos códigos modernos".

³⁷ "*La séparation du genre humain en commerçants et non-commerçants est une notion qui appartient à l'histoire et qui ne répond pas à la réalité des choses*" (apud JEAN LIMPENS).

³⁸ Como salienta LIMPENS (revista citada), a questão da unificação do direito civil e do comercial foi superada por diversos acontecimentos econômicos, salientando-se entre eles a presença de um *Direito Profissional*, nascido das exigências de vida social, e que, ainda em embrião, começa agora a sua carreira num momento em que o velho direito comercial lhe cede o seu lugar.

³⁹ É a observação já feita por ESCARRA sugerindo que em vez de figurarem em códigos as leis comerciais, constassem de fichas de fácil e

AUTONOMIA DIDÁTICA

72. A autonomia didática do direito comercial, que existe no Brasil desde que a lei de 11 de agosto de 1827 determinou fosse lecionada, no 4.º ano dos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda, a cadeira de direito mercantil e marítimo, é admitida por todos, inclusive pelos que negam ao direito comercial a autonomia jurídica.

O caráter técnico e a complexidade econômica das relações dos institutos comerciais, sem cujo perfeito conhecimento será impossível a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas a elas relativas, tornam conveniente e aconselhável que se estude separadamente e com método próprio e adequado a chamada *matéria comercial*. A autonomia didática, embora não imposta por exigências lógicas, se justifica em razão da oportunidade.⁴⁰

AUTONOMIA CIENTÍFICA

73. Para os que admitem a existência de princípios peculiares ao direito comercial, princípios que justificariam sua autonomia jurídica, gozará ele igualmente de autonomia científica.

Tais princípios, porém, são, como vimos, de duvidosa existência, o que torna em consequência ainda mais precária do que a jurídica a autonomia científica de nossa disciplina.⁴¹

⁴⁰ e ⁴¹ FERRARA JÚNIOR, ob. cit., n.º 6, pág. 10 e nota 16: *...dovrebbe intendersi (a autonomia científica) in modo più rigoroso della stessa autonomia giuridica, e si sarebbe dovuta negare allo stesso diritto commerciale sotto il codice abrogato data la sua frammentarietà e la necessità del continuo ricorso al codice civile*".

rápida substituição (veja-se nota 24 deste capítulo) e que tira todo valor ao argumento, que é de todos os *autonomistas*, e a que FRANCESCHELLI atribui grande peso, afirmando que a unidade seria artificial e provisória, destinada a romper-se logo porque *"quella parte del nuovo e unificato corpus juri, che fosse stato a contatto con quei problemi e rapporti produttivi e di scambio in cui più rapide sono le trasformazioni, si sarebbero pur sempre e rapidamente manifestati bisogni di modifiche, si che un dualismo si sarebbe pur sempre manifestato come dualismo interno"* (FRANCESCHELLI, ob. cit., pág. 7, n.º 7). O dualismo não seria senão entre a parte econômica e a parte não econômica do direito privado.

Sobre a questão estudada neste capítulo, consultar-se-ão com proveito duas monografias de valor: *Da Unificação do Direito Privado*, de DAVI ALVES DE MELO, e *Autonomia do Direito Comercial*, de FILOMENO J. DA COSTA, ambas teses de concurso, aquela favorável à autonomia e esta à unificação.