

DIREITO COMERCIAL OU DIREITO EMPRESARIAL? – NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *IUS MERCATORUM*

André Luiz Santa Cruz Ramos

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor de Direito Comercial do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB e do Instituto de Ensino Superior Planalto – IESPLAN. Procurador Federal, em exercício no Gabinete do Advogado-Geral da União.

Sumário: Introdução; 1. O direito comercial e as Corporações de Ofício; 2. A codificação napoleônica e a *teoria dos atos de comércio*; 3. O *Codice Civile* italiano de 1942 e a *teoria da empresa*; 4. O Código Comercial de 1850 e a filiação do direito brasileiro ao sistema francês; 5. A gradativa aproximação do direito brasileiro ao sistema italiano; 6. O Código Civil de 2002 e o *direito de empresa*; 7. E agora: direito comercial ou direito empresarial?; 8. Bibliografia.

Introdução

O presente texto, escrito a partir da pergunta exposta no título, busca abordar alguns aspectos relevantes pertinentes à profunda transformação pela qual passou o direito comercial com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Antes de responder a indagação feita, todavia, é necessário fazer uma breve explanação sobre a evolução histórica deste importante ramo da árvore jurídica, até chegarmos aos dias de hoje.

1. O Direito Comercial e as Corporações de Ofício

O comércio existe desde a Idade Antiga. Povos antigos, como os fenícios, destacaram-se no exercício da atividade. No entanto, nesse período histórico, ainda não se pode falar na existência de um direito comercial, com regras e princípios próprios. É o que bem destaca FREDERICO VIANA RODRIGUES, na seguinte passagem:

O comércio desenvolveu-se em larga escala dentre as civilizações primitivas, mas, a despeito disso, não se pode afirmar, pela escassez de elementos históricos, haver nas remotas sociedades um direito autônomo, com princípios, normas e institutos sistematizados, voltado à regulamentação da atividade mercantil¹.

Durante a Idade Média, todavia, o comércio já atingira um estágio mais avançado e não era mais uma característica de apenas alguns povos, mas de todos eles. É justamente nesta época que se costuma apontar o surgimento das raízes do direito comercial. Fala-se, então, na primeira fase deste ramo do Direito. É a época do renascimento das cidades ('burgos') e do comércio, sobretudo o marítimo. Surgem as Corporações de Ofício, que logo assumiram relevante papel na sociedade da época, conseguindo obter, inclusive, certa autonomia em relação à nobreza feudal. FREDERICO VIANA RODRIGUES assevera que:

Com o incremento do comércio, fortaleceram-se os grupos profissionais dos mercadores, chamados de corporações de ofício. Bem organizadas, as corporações passaram a tutelar os interesses de seus membros em face da impotência do Estado².

Nesta primeira fase do Direito Comercial, ele compreende os usos e costumes mercantis observados na disciplina das relações jurídico-comerciais. E na elaboração deste 'direito' não havia ainda

¹ RODRIGUES, Frederico Viana. "Autonomia do direito de empresa no novo código civil". In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

² RODRIGUES, Frederico Viana. "Autonomia do direito de empresa no novo código civil". In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

nenhuma participação 'estatal'. Cada Corporação tinha seus próprios usos e costumes, e os aplicava, através de *cônsules* eleitos pelos próprios associados, para reger as relações entre os seus membros³. Daí porque FÁBIO ULHOA COELHO fala em normas 'pseudo-sistematizadas', e alguns autores usam a expressão 'codificação privada' do direito comercial. Sobre esta primeira fase do direito comercial, RUBENS REQUIÃO afirma, com muita propriedade:

É nessa fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos *cônsules*, juízes designados pela corporação, para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um *direito costumeiro*, aplicado internamente na corporação por juízes eleitos pelas suas assembléias: era o *juízo consular*, ao qual tanto deve a sistematização das regras do mercado⁴.

Uma outra característica marcante desta fase inicial do direito comercial é o seu caráter *subjetivista*. O direito comercial era o direito dos membros das corporações ou, como bem colocado por RUBENS REQUIÃO, era um direito "a serviço do comerciante"⁵. Comentando o assunto, FÁBIO ULHOA COELHO assim se manifesta:

Resultante da autonomia corporativa, o direito comercial de então se caracteriza pelo acento

³ "As fontes do *ius mercatorum* eram os estatutos das corporações mercantis, o costume mercantil e a jurisprudência da *cúria* dos mercadores. (...) O costume nascia da constante prática contratual dos comerciantes: as modalidades consideravam vantajosas convertiam-se em direito; as cláusulas contratuais transformavam-se, uma vez generalizadas, no conteúdo legal dos contratos. Por último, os comerciantes designados pela corporação compunham os tribunais que decidiam as controvérsias comerciais" (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 40).

⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 10-11.

⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

subjetivo e somente se aplica aos comerciantes associados à corporação. (...)

(...) Adota-se, assim, um critério subjetivo para definir seu âmbito de incidência⁶.

Assim sendo, bastava que uma das partes de uma determinada relação fosse comerciante para que fosse a mesma disciplinada pelo o direito comercial (*ius mercatorum*), em detrimento dos demais direitos. Como bem destaca FRANCESCO GALGANO, *in verbis*:

O *ius mercatorum*⁷ nasce, portanto, como um direito directamente criado pela classe mercantil, sem a mediação da sociedade política; nasce como um direito imposto em nome de uma classe, e não em nome da comunidade no seu conjunto. É imposto aos eclesiásticos, aos nobres, aos militares, aos estrangeiros. Pressuposto da sua aplicação é o mero facto de se haverem estabelecido relações com um comerciante⁸.

Por fim, é interessante notar a verdadeira revolução que o direito comercial, nesta sua primeira fase evolutiva, provocou na doutrina contratualista, rompendo com a teoria contratual cristalizada pelo direito romano. Em Roma, os ideais de segurança e estabilidade da classe dominante “prenderam” o contrato, atrelando-o ao instituto da propriedade. Era o contrato, grosso modo, apenas o instrumento por meio do qual se adquiria ou se transferia uma coisa.

Esta concepção um tanto estática de contrato, inerente ao direito romano, obviamente não se coadunava com os ideais da classe mercantil em ascensão. Assim, como escreveu FRANCESCO GALGANO, “à preferência do direito romano pela estabilidade das relações jurídicas, substitui o *ius mercatorum* a preferência oposta

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

⁷ “A expressão *ius mercatorum* pertence à linguagem jurídica culta; usavam-na, prevalentemente, os glosadores como Bártolo e Baldo. A expressão possui um significado especial: mais do que referir-se a um ramo de direito, significa um modo particular de criar direito. Chama-se *ius mercatorum* porque foi criado pela classe mercantil, e não porque regula a actividade dos comerciantes” (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 41).

⁸ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 39.

pela mudança, pela instabilidade”⁹. Nesse sentido, perde espaço a *solenidade* na celebração das avenças, e surge, triunfante, o princípio da liberdade na forma de celebração dos contratos. Assim, mais uma vez invocando as lições de FRANCESCO GALGANO, “o *ius mercatorum* liberta o contrato da propriedade, atribuindo-lhe uma função própria: o contrato converte-se em negócio, em acto de especulação”¹⁰.

2. A codificação napoleônica e a teoria dos atos de comércio

No ocaso do período medieval, surgem no cenário geopolítico mundial os grandes Estados Nacionais monárquicos. Estes Estados, representados na figura do monarca absoluto, vão submeter seus súditos, incluindo a classe dos comerciantes, a um direito posto, em contraposição ao direito comercial de outrora, centrado na autodisciplina das relações comerciais por parte dos próprios mercadores, por meio das Corporações de Ofício e seus juízos consulares.

Assim é que, em 1804 e 1808, respectivamente, são editados, na França, o Código Civil e o Código Comercial. O direito comercial inaugura, então, sua segunda fase. Pode-se falar agora em um sistema *jurídico estatal* destinado a disciplinar as relações jurídico-comerciais. No dizer de FRANCESCO GALGANO, *in verbis*:

A classe mercantil deixa de ser artífice do seu próprio direito. O direito comercial experimenta uma dupla transformação: o que foi direito de classe transforma-se em direito do Estado; o que foi direito universal converte-se em direito nacional¹¹.

A codificação napoleônica divide claramente o direito privado¹²: de um lado, o direito civil; de outro, o direito comercial¹³. O

⁹ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 43.

¹⁰ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 43.

¹¹ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 56.

¹² Ressalte-se que, para alguns juristas da época dos Estados absolutistas, como Jean Domat, o direito comercial era classificado como ramo do direito público. Partia-se de um critério que considerava o direito privado como o regulador da sociedade civil e o direito público como o regulador do Estado. O direito

Código Civil napoleônico era, fundamentalmente, um corpo de leis que atendia os interesses da burguesia fundiária, pois estava centrado no direito de propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária¹⁴.

A divisão do direito privado, com dois grandes corpos de leis a reger as relações jurídicas entre particulares, cria a necessidade de estabelecimento de um critério que delimitasse a incidência de cada um destes ramos da árvore jurídica às diversas relações ocorridas no dia-a-dia dos cidadãos. Para tanto, a doutrina francesa criou a **teoria dos atos de comércio**, que tinha como uma de suas funções essenciais a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código Comercial.

O direito comercial regularia, portanto, as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como *atos de comércio*. Não envolvendo a relação a prática destes atos, seria ela regida pelas normas do Código Civil. FÁBIO ULHOA COELHO retrata de forma clara e sucinta essas mudanças ocorridas no direito comercial:

No início do século XIX, em França, Napoleão, com a ambição de regular a totalidade das relações sociais, patrocina a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1808). Inaugura-se, então, um *sistema* para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutirá em todos os países de tradição romana,

comercial, posto pelo Estado, portanto 'arbitrário', era direito público. Nas palavras de Galgano, "o conceito de direito privado, regulador das relações 'entre particulares', conjugava-se com o conceito de direito natural (identificado, por sua vez, com o direito romano), enquanto o conceito de direito público, como direito relativo à 'boa ordem de governo', podia associar-se com o 'direito arbitrário', estabelecido pelas leis do Estado" (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 72). Em certo momento, porém, quando as relações mercantis ganham corpo e passam a ser realizadas 'entre particulares', o direito comercial, que as regula, pode ser classificado como direito privado, embora seja posto pelo Estado.

¹³ "Na idade moderna, que é a época das codificações do direito privado, a época das mediações do Estado na regulação de todas as relações sociais, o antigo particularismo jurídico apresenta-se de um modo diferente: o direito comercial é o direito dos códigos comerciais separados dos códigos civis, das jurisdições comerciais separadas das jurisdições cíveis" (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, pp. 11-12)

¹⁴ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, pp. 79-80.

inclusive o Brasil. De acordo com este sistema, classificam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em *civis* e *comerciais*. Para cada regime, estabelecem-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial é feita, no sistema francês, pela *teoria dos atos de comércio*¹⁵.

Nessa segunda fase do direito comercial, podemos perceber uma importante mudança: a mercantilidade, antes definida pela qualidade do sujeito (o direito comercial era o direito aplicável aos membros das Corporações de Ofício), passa a ser definida pelo objeto (os atos de comércio). Como bem destacou FRANCESCO GALGANO, *in verbis*:

Com a codificação francesa de princípios do século XIX, o direito comercial abandonava o sistema subjectivo – segundo o qual este direito se aplicava apenas a quem estivesse inscrito como comerciante no correspondente registro –, adoptando o sistema objectivo: o direito comercial aplica-se a todos os actos de comércio, praticados por quem quer que seja, ainda que ocasionalmente; ao passo que a prática habitual de actos de comércio e a conseqüente aquisição da qualidade de comerciante seria pressuposto para a aplicação de normas específicas, como as relativas à obrigação de manter escrituração mercantil e as relativas à falência¹⁶.

Daí porque os doutrinadores afirmam que a codificação napoleônica operou uma *objetivação* do direito comercial, além de ter, como dito anteriormente, bipartido de forma clara o direito privado. Esta objetivação do direito comercial, segundo leciona TULLIO ASCARELLI, relaciona-se à formação dos Estados Nacionais da Idade

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07.

¹⁶ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, pp. 84-85.

Moderna, que impõem sua soberania ao particularismo que imperava na ordem jurídica anterior e se inspiram no princípio da igualdade, sendo, por conseguinte, avessos a qualquer tipo de distinção de disciplinas jurídicas que se baseiem em critérios subjetivos¹⁷. Eis o que escreveu MARCELO ANDRADE FÉRES, jovem e promissor comercialista mineiro, sobre o tema:

Orientado pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, proclamado pela Revolução Francesa, o Direito Comercial não podia mais oferecer uma tutela a sujeitos diferenciados, privilegiados, mas sim ser liberado em atenção a um critério objetivo, sem levar em conta as qualidades dos sujeitos envolvidos nas relações de comércio. Passa-se a um período objetivo (ou, como querem alguns, período subjetivo moderno), em que o então Direito dos comerciantes substituiu-se pelo Direito dos atos de comércio¹⁸.

Não é difícil imaginar, todavia, as deficiências do sistema francês. Como bem destaca FÁBIO ULHOA COELHO, ele se resume ao estabelecimento de uma relação de atividades econômicas, sem que haja entre elas nenhum elemento interno de ligação, gerando indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas¹⁹. RUBENS REQUIÃO também critica o sistema francês, afirmando que nunca se conseguiu definir, satisfatoriamente, o que são *atos de comércio*²⁰.

Ademais, outras atividades econômicas, tão importantes quanto o comércio, não se encontravam na enumeração legal dos atos de comércio. Algumas delas porque se desenvolveram posteriormente (ex.: prestação de serviços²¹), e a produção legislativa, como

¹⁷ ASCARELLI, Tullio. **Corso de diritto commerciale**. Apud GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 85.

¹⁸ FÉRES, Marcelo Andrade. “Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro”. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

²¹ “A atividade de prestação de serviços também não poderia ser contemplada por esta teoria (*a teoria dos atos de comércio*), posto que no século XIX não existia a prestação de serviços em massa e explorada de forma empresarial como temos hoje” (LOPES NERILO, Lucíola Fabrete. **O direito empresarial superando o arcaico sistema dos atos de comércio**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2698>. Acesso em: 27 de maio de 2005).

sabemos, não consegue acompanhar o ritmo veloz do desenvolvimento social, tecnológico, etc. Outras delas, como bem atesta FÁBIO ULHOA COELHO, por razões históricas:

A exclusão da negociação de imóveis do âmbito de incidência do direito comercial pelo *Code de Commerce* – que não se reproduz em outras legislações adeptas da teoria dos atos de comércio, a exemplo do código italiano de 1882 – é, por vezes, relacionada a um caráter sacro de que se revestiria a propriedade imobiliária ou pela tardia distinção entre circulação física e econômica dos bens. Porém, esta exclusão só pode ser satisfatoriamente explicada à luz de considerações políticas e históricas, ou seja, a partir da necessidade de a burguesia francesa preservar a sua identidade na luta contra o feudalismo²².

Outro problema detectado pela doutrina comercialista da época decorrente da aplicação da teoria dos atos de comércio era o referente aos chamados *atos mistos* (ou unilateralmente comerciais), aqueles que eram comerciais para apenas uma das partes (na venda de produtos aos consumidores, por exemplo, o ato era comercial para o comerciante vendedor, e civil para o consumidor adquirente). Nestes casos, aplicavam-se as normas do Código Comercial para a solução de eventual controvérsia, em razão da chamada *vis attractiva* do direito comercial. Diante disso, alguns doutrinadores denunciaram o retorno ao corporativismo do direito mercantil, que voltava a ser, no dizer de CESARE VIVANTE, um “direito de classe”. Preocupava o nobre jurista o fato de o cidadão ser submetido a normas distintas em razão, simplesmente, da qualidade da pessoa com quem contratava²³. Como dizia FRANCESCO GALGANO, “a lei aplicável não dependia de um seu predicado, mas de um predicado dos diversos sujeitos com os quais estabeleceria a relação”²⁴.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 15-16.

²³ VIVANTE, Cesare. **Tratatto di diritto commerciale**. Vol. I. *Apud* GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, pp. 89-93.

²⁴ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 89.

Não obstante tais críticas, a teoria francesa dos atos de comércio, por inspiração da codificação napoleônica, foi adotada por quase todas as codificações oitocentistas, inclusive a do Brasil (CCom/1850). É o que destaca WALDO FAZZIO JÚNIOR, com propriedade:

Depois, como efeito residual do ideário liberal implantado pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), o *Code de Commerce*, dos juristas de Napoleão Bonaparte, em 1808, marcou o abandono do subjetivismo corporativista e a implantação da objetividade dos atos legais de comércio. O diploma redigido por Chaptal tornou-se modelo das modernas codificações mercantis, inclusive do Código Comercial brasileiro de 1850²⁵.

No entanto, “a insuficiência da teoria dos atos de comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do direito comercial”²⁶, uma vez que ela não abrangia atividades econômicas tão ou mais importantes que o comércio de bens, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária e a negociação imobiliária²⁷. O surgimento desse novo critério só veio ocorrer, todavia, mais de cem anos após a edição dos códigos napoleônicos, e em plena 2ª Guerra Mundial.

3. O *Codice Civile* italiano de 1942 e a teoria da empresa

Em 1942, ou seja, mais de um século após a edição da codificação napoleônica, a Itália edita um novo Código Civil, trazendo enfim um novo sistema delimitador da incidência do regime jurídico comercial: a **teoria da empresa**²⁸. Esta, no dizer de LUIZ ANTONIO

²⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 08.

²⁷ LOPES NERILO, Lucíola Fabrete. **O direito empresarial superando o arcaico sistema dos atos de comércio**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2698>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

²⁸ Embora o Código Civil italiano de 1942 tenha adotado a chamada teoria da empresa, não definiu o conceito jurídico de empresa. Na formulação deste conceito, merece destaque a contribuição doutrinária de ALBERTO ASQUINI, brilhante jurista italiano que analisou a empresa como um fenômeno jurídico *poliédrico*, que apresentava variados perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. Sobre o tema, confira-se: ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, v. 35, n. 104, out.-dez. 1996, pp. 109-126.

SOARES HENTZ, “pretende a transposição para o mundo jurídico de um fenômeno que é sócio-econômico: a empresa como centro fomentador do comércio, como sempre foi, mas com um colorido com o qual nunca foi vista”²⁹.

Além disso, o Código Civil italiano promove uma *unificação formal* do direito privado³⁰, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legislativo³¹. O direito comercial entra, enfim, na terceira fase de sua etapa evolutiva, superando o conceito de mercantilidade e adotando o da *empresarialidade* como forma de delimitar o âmbito de incidência da legislação comercial.

Nas palavras de RUY DE SOUZA, o direito comercial deixa de ser, como tradicionalmente o foi, um direito do comerciante (período subjetivo das Corporações de Ofício) ou dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica), “para alcançar limites muito mais largos, acomodando-se à plasticidade da economia política”³².

Para a teoria da empresa, o direito comercial não se limita a regular apenas as relações jurídicas em que ocorra a prática de um determinado ato definido em lei como ato de comércio (*mercancia*). A teoria da empresa faz com que o direito comercial não se ocupe apenas com alguns atos, mas com uma forma específica de exercer uma atividade econômica: *a forma empresarial*. Segundo WALDIRIO BULGARELLI, “nos dias que correm, transmudou-se (*o direito comercial*) de mero regulador dos comerciantes e dos atos de comércio, passando a atender à atividade, sob a forma de empresa, que é o atual fulcro do direito comercial”³³.

²⁹ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **A teoria da empresa no novo direito de empresa**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

³⁰ “A unificação dos códigos de direito privado em Itália produziu-se, pelo menos, por duas ordens de razões: as primeiras, de caráter ideológico, e as segundas de natureza político-econômica, ambas conexas no entanto com a experiência autoritária que o nosso país vivia nesse período” (GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 103). O jurista italiano se referia ao *fascismo*, ideologia política vigorante em 1942, ano da edição do *Codice Civile*.

³¹ Embora os doutrinadores italianos, sobretudo CESARE VIVANTE (em razão da repercussão da famosa aula inaugural de seu curso na Universidade de Bolonha, em 1892), sejam reconhecidos como os grandes pioneiros na defesa da unificação do direito privado, e o *Codice Civile* de 1942 seja mencionado por muitos como o primeiro diploma a concretizá-la, a verdade é que o primeiro jurista a defender a tese da unificação foi o notável TEIXEIRA DE FREITAS, e o primeiro diploma legislativo a consagrá-la, ao menos em parte, foi o código suíço de obrigações, editado em 1881.

³² SOUZA, Ruy de. **O direito das empresas. Atualização do direito comercial**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959, 207.

³³ BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 19.

Fica superada, portanto, a dificuldade, existente na teoria francesa dos atos de comércio, de enquadrar certas atividades na disciplina jurídico-comercial, como a prestação de serviços, as atividades ligadas à terra e a negociação imobiliária. Para a teoria da empresa, qualquer atividade econômica, desde que exercida *profissionalmente* e destinada a produzir ou fazer circular bens ou serviços, é considerada empresarial e pode submeter-se ao regime jurídico comercial.

4. O Código Comercial de 1850 e a filiação do direito brasileiro ao sistema francês

Como mencionado acima, o Código Comercial de 1850, assim como a grande maioria dos códigos editados nos anos 1800, adotou a teoria francesa dos atos de comércio, por influência da codificação napoleônica. O CCom/1850 definiu o comerciante como aquele que exercia a *mercancia* de forma habitual, como sua profissão.

Embora o próprio código não tenha dito o que considerava *mercancia* (atos de comércio), o legislador logo cuidou de fazê-lo, no Regulamento n.º 737, também de 1850. Prestação de serviços, negociação imobiliária e atividades rurais foram esquecidas, o que corrobora a crítica já feita ao sistema francês.

Em 1875, o Regulamento n.º 737 foi revogado, mas o seu rol indicativo dos atos de comércio continuou sendo levado em conta, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para a definição das relações jurídicas que mereceriam disciplina jurídico-comercial³⁴.

5. A gradativa aproximação do direito brasileiro ao sistema italiano

A adoção da teoria francesa dos atos de comércio pelo direito comercial brasileiro fez com que ele merecesse as mesmas críticas já apontadas acima. Com efeito, não se conseguia justificar a não-incidência das normas do regime jurídico comercial a algumas atividades tipicamente econômicas e de suma importância para a atividade negocial, como a prestação de serviços, a negociação imobiliária e a pecuária.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

Diante disso, e da divulgação das idéias da teoria da empresa, após a edição do *Codice Civile*, de 1942, pode-se perceber uma nítida aproximação do direito brasileiro ao sistema italiano. A doutrina, na década de 60, já começa a apontar com maior ênfase as vicissitudes da teoria dos atos de comércio e a destacar as benesses da teoria da empresa.

Por outro lado, a jurisprudência pátria também já demonstrava sua insatisfação com a teoria dos atos de comércio e sua simpatia com a teoria da empresa. Isto fez com que vários juízes concedessem concordata a pecuaristas e garantissem a renovação compulsória de contrato de aluguel a sociedades prestadoras de serviços, por exemplo³⁵. Ora, concordata³⁶ e renovação compulsória de contrato de aluguel são institutos típicos do regime jurídico comercial, e estavam sendo aplicados a negociantes que não se enquadravam, perfeitamente, no conceito de comerciante adotado pelo direito positivo brasileiro daquela época. Tratava-se de um grande avanço: a jurisprudência estava afastando o ultrapassado critério da mercantilidade e adotando o da empresarialidade para fundamentar suas decisões.

Uma outra prova de que o direito brasileiro já vinha aproximando-se dos ideais da teoria da empresa pode ser encontrada na análise da legislação esparsa editada nas últimas décadas. O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo claro. Nele, o conceito de fornecedor é bem amplo, englobando todo e qualquer exercente de atividade econômica no âmbito da cadeia produtiva. Aproxima-se mais, portanto, do conceito de empresário do que conceito de comerciante.

6. O Código Civil de 2002 e o *direito de empresa*

A lei n.º 10.406/02, que instituiu o novo Código Civil em nosso ordenamento jurídico, completou a tão esperada transição do direito comercial brasileiro: abandonou-se a teoria francesa dos atos de comércio para adotar-se a teoria italiana da empresa.

Seguindo à risca a inspiração do *Codice Civile* de 1942, o novo Código Civil brasileiro derroga grande parte do Código

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

³⁶ Em 09 de fevereiro de 2005 foi publicada a Lei n.º 11.101, denominada de *Lei de Recuperação de empresas* (LRE), a qual passou a vigorar 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação, revogando o DL n.º 7.661/45 (antiga *Lei de Falências*). A LRE aboliu o ultrapassado instituto da *concordata*, substituindo pelo instituto da *recuperação*, que pode ser extrajudicial ou judicial.

Comercial de 1850, na busca de uma unificação, ainda que apenas formal, do direito privado. Do CCom resta hoje apenas a parte segunda, relativa ao comércio marítimo (a parte terceira – ‘das quebras’ – já havia sido revogada pelo DL n.º 7.661/45, que era a antiga *Lei de Falências*, hoje revogada e substituída pela Lei n.º 11.101/05, a *Lei de Recuperação de Empresas*).

O Código Civil de 2002 trata, no seu Livro II, Título I, do “**Direito de Empresa**”. Desaparece a figura do comerciante, e surge a figura do empresário (da mesma forma, não se fala mais em sociedade comercial, mas em sociedade empresarial). A mudança, porém, está longe de se limitar a aspectos terminológicos. Ao disciplinar o direito de empresa, o direito brasileiro afasta-se, definitivamente, da ultrapassada teoria dos atos de comércio, e incorpora a teoria da empresa ao nosso ordenamento jurídico, adotando o conceito de empresarialidade para delimitar o âmbito de incidência do regime jurídico comercial.

Não se fala mais em comerciante, como sendo aquele que pratica habitualmente atos de comércio. Fala-se agora em empresário, sendo este o que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (CC/02, art. 966).

7. E agora: direito comercial ou direito empresarial?

Não se pode negar que o uso da expressão direito comercial se consagrou no meio jurídico acadêmico e profissional, sobretudo porque foi o comércio, desde a Antiguidade, como dito, a atividade precursora deste ramo do direito. Ocorre que, como bem destaca a doutrina comercialista, há hoje outras atividades negociais, além do comércio, como a indústria, os bancos, a prestação de serviços, entre outras.

Hodiernamente, portanto, o direito comercial não cuida apenas do comércio, mas de toda e qualquer atividade econômica exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços. Dito de outra forma: o direito comercial, hoje, cuida das relações empresariais, e por isso alguns têm sustentado que, diante dessa nova realidade, melhor seria usar a expressão *direito empresarial*.

Alguns autores, inclusive, já acolheram a nova denominação, e por isso já podemos ver uma série de *cursos* e *manuals* de direito

empresarial. Também não é pequeno o número de Faculdades de Direito que alteraram o nome da disciplina direito comercial para direito empresarial. Em contrapartida, também há inúmeros autores que continuam com seus *cursos e manuais* de direito comercial, bem como há inúmeras Faculdades que mantiveram em seus currículos a disciplina direito comercial.

Ora, não há maiores problemas na alteração da nomenclatura do direito comercial. E parece-nos que este deve ser realmente o caminho a ser adotado pela doutrina. De fato, não é salutar a falta de uniformidade na referência a este importante ramo da árvore jurídica. Seria interessante que se chegasse a um consenso, e a partir de então fosse adotada uma única nomenclatura. E a mais adequada, diante da definitiva adoção da teoria da empresa pelo nosso ordenamento jurídico, é a expressão **direito empresarial**.

8. Bibliografia

ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, v. 35, n. 104, out.-dez. 1996, pp. 109-126.

BULGARELLI, Waldirio. Direito comercial. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 1º volume. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FÉRES, Marcelo Andrade. “Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro”. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). Direito de empresa no novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GALGANO, Francesco. História do direito comercial. Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A teoria da empresa no novo direito de empresa. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3085>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

LOPES NERILO, Lucíola Fabrete. O direito empresarial superando o arcaico sistema dos atos de comércio. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2698>. Acesso em: 27 de maio de 2005.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 1º volume. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Frederico Viana. “Autonomia do direito de empresa no novo código civil”. In: **VIANA**, Frederico Rodrigues (coord.). Direito de empresa no novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Ruy de. O direito das empresas. Atualização do direito comercial. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.