Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivi A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL DIAS DE CARVALHO

Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Maurício Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Cíntia Mesojedovas Nogueira, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula Andrea
A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado / Paula Andrea Forgioni ; prefácio Eros Roberto Grau. -- 3. ed. rev., atual. e ampl.. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-6713-1

1. Direito comercial 2. Direito comercial - Brasil I. Grau, Eros Roberto. II. Título.

15-11548 CDU-347.7(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito comercial 347.7(81)

PAULA A. FORGIONI

A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

Da mercancia ao mercado

Prefácio
EROS ROBERTO GRAU

3.ª edição
revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

II

TRANSFORMAÇÕES GERAIS NO DIREITO COMERCIAL

SUMÁRIO: II.1 Introdução. O palimpsesto do direito comercial – II.2 Superação da elegante discussão sobre a dicotomia entre direito civil e direito comercial pela realidade – II.3 A derrocada dos privilégios – II.4 Imposição de escrituração a terceiros – II.5 Jurisdição especial – II.6 Proteção contra crises econômicas e falências – II.7 A questão da agricultura – II.8 Unificação das obrigações – II.9 Locações comerciais – II.10 A que vem a noção de empresa? – II.11 Empresa como centro de imputação – II.12 Empresa como agente econômico e a importância dos contratos – II.13 O surgimento do direito do consumidor – II.14 A nova dicotomia: direito do consumidor e direito comercial – II.15 A redescoberta dos contratos mercantis: um efeito da consolidação do direito do consumidor – II.16 Contraponto. As relações empresariais hoje disciplinadas pelo direito mercantil como resultado de sua evolução histórica – II.17 Ascensão das sociedades e sua redução a dois tipos – II.18 Diminuição do grau de pulverização em determinados setores da economia. Novos arranjos societários – II.19 Desverticalização dos grupos empresariais – II.20 Ascensão dos contratos de colaboração – II.21 A força motriz da propriedade intelectual – II.22 O novo papel do Estado e a privatização. As agências reguladoras – II.23 Organização do sistema sobre leis específicas. O incremento da decodificação do direito comercial – II.24 Nova disciplina de velhas externalidades – II.25 Repressão ao abuso do poder econômico – II.26 Repressão ao abuso de dependência econômica.

II.1 Introdução. O palimpsesto do direito comercial

1. Nas últimas décadas, importantes alterações abalaram o direito comercial e a realidade por ele disciplinada. Mais uma vez, "ao mesmo tempo que viram as páginas da história, também progride a técnica, modificam-se as estruturas políticas, sociais e econômicas, e evoluem os sistemas jurídicos. Não escapa à regra o direito que regula a atividade produtiva para o mercado".[1]

1. Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, 14.

O direito transforma-se a cada dia, pouco importando se seus observadores dão-se conta ou não. Direito e fatos são indissociáveis; a mudança de um implica a transformação do outro. O direito, nunca será demais lembrar, é um nível do todo social e, como tal, impacta e é impactado pela dimensão que regula. "[O] direito de nosso tempo já é outro, apesar da doutrina jurídica, apesar dos juristas, apesar do ensino ministrado nas faculdades de direito."[2]

2. Muitos autores ignoram o novo contexto, como se vivêssemos nos anos 70 ou mesmo no segundo pós-guerra. "Descoberta" a empresa, estancou-se a teoria geral. Seguimos atribuindo à sua disciplina jurídica ares de novidade, enquanto calamos diante das mudanças socioeconômicas que se seguiram a 1942.[3]

A partir do final da década de 70 – vimos no primeiro capítulo – os doutrinadores brasileiros perfilaram-se, reconhecendo na *empresa o eixo do direito comercial*. Nesse aspecto, o advento do CC/2002 não foi acompanhado do *frisson* que costuma cercar novos diplomas gerais; praticamente todos os manuais, seguindo o pioneirismo de Requião, haviam incorporado a teoria e não se levava mais tanto a sério o ensino dos atos de comércio.[4] O então novo Código Civil apenas consolidou o que se tinha por óbvio: o direito comercial é o direito das empresas ou, ao menos, delas tira sua unidade.

Mas será essa visão suficiente para explicar o direito comercial ou ela, frouxa e manca, não acode à realidade? Bastaria a empresa? Mudariam os mercadores ou mudou o direito mercantil?

3. Na busca da resposta a essas indagações, trataremos de tópicos que, ao menos à primeira vista, pouca ou nenhuma relação guardam entre si. Explica-se assim o termo *palimpsesto* aqui empregado: tal como um pergaminho no qual se escreve, apaga-se, e se reescreve – e que permite o reconhecimento dos primitivos caracteres – o direito comercial mostra-se como tela contra a qual se projetam, concomitantes, as modificações que o atingiram e que convivem com as características provenientes do passado.

2. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 113.
3. Fábio Konder Comparato, no início da década de 70, referia-se ao "irritante problema" da natureza jurídica da empresa: "Quase trinta anos já transcorreram desde a promulgação do Código Civil italiano, que fêz da *impresa* o instituto-chave do seu livro quinto, *Del Lavoro*, e os juristas peninsulares ainda não se puseram de acordo quanto ao sentido do termo, ou os perfis do instituto. Tem-se a impressão de assistir, em plena era da computação eletrônica e das viagens interespaciais, à ressurreição da velha querela dos universais, que consumiu boa parte da atividade intelectual da Idade Média" (*Aspectos jurídicos da macro-emprêsa*, 3).
4. Em testemunho desse fato, relata Fábio Ulhoa Coelho que "o direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa" (*Curso de direito comercial*, vol. 1, 26).

Dessa forma, alguns dos temas de que passaremos a tratar não possuem sistematicidade teórica facilmente identificável; aqui foram unidos apenas porque incidem sobre a realidade do direito comercial, ora dando sequência a fatos passados, ora a eles mesclando-se.

Cada um desses argumentos demandaria análise monográfica. Assumimos, contudo, o risco de seu tratamento mais raso para obter visão *panorâmica* dos abalos sofridos pela matéria; impôs-se o sacrifício da profundidade para observar, a um só tempo, todo o horizonte que nos circunda.

Adverte-se que a opção pela exposição pontual não deve impedir o reconhecimento de dois *processos* igualmente importantes para a compreensão do direito mercantil contemporâneo, que se fazem perceber neste capítulo: a superação da antiga dicotomia do direito privado – e a função desempenhada pela *empresa no contexto que daí advém* – e a consolidação do *direito do consumidor*.

Por fim, resta notar que algumas das modificações apontadas forçaram o direito mercantil a extrapolar suas fronteiras tradicionais, superando o viés excessivamente privatista de sua tradição e acentuando seu entremeio com a implementação de políticas públicas. Revela-se seu papel determinante na configuração das feições do mercado, indo além da mera disciplina da atuação dos agentes econômicos.

II.2 Superação da elegante discussão sobre a dicotomia entre direito civil e direito comercial pela realidade

4. Há mais de século reproduzem-se discussões sobre a conveniência da unificação do direito privado, amalgamando as disciplinas civil e comercial.[5]

5. Se Teixeira de Freitas pode ser considerado o arauto da unificação, Clovis Bevilaqua é o alto defensor da separação entre as disciplinas. Para exposição da crítica ao pensamento de Teixeira de Freitas, v. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. 1, p. 67 e ss. Destaque-se que Clovis indicava as seguintes razões de ordem prática para a existência de regulação específica para as relações mercantis: [i] o comerciante tem o dever de manter sua escrita de acordo com as formalidades legais, pois sem a devida escrituração "o commercio não offereceria garantias sufficientes ao publico, assim como lhe faltaria, muitas vezes, defeza segura para actos praticados em boa fé"; seria "vexatório" impor esse dever a todos os indivíduos; [ii] deve ser mantido o valor probante dos livros comerciais, para que não seja aviltado o "segredo das transações"; [iii] sente-se a necessidade da existência do "instituto da firma ou razão comercial, que é o nome do negociante singular, no tráfico mercantil, ou da sociedade, em que há sócios indefinida e solidariamente responsáveis"; [iv] peculiaridades das operações bancárias, do cheque, do instituto das *clearing-houses*; [v] peculiaridades das letras de câmbio e dos protestos; [vi] peculiaridades do direito privado marítimo (*Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. 1, 75).

Na esteira dos estudos sobre os limites da matéria de comércio, desponta, no Brasil, o debate sobre a unificação do direito privado. "Não se pode separar impunemente as partes de um corpo, que deve ser homogêneo." Com essa conhecida frase, Teixeira de Freitas defende a fusão dos direitos civil e comercial na carta enviada ao Ministro Nabuco de Araújo, em 1854. Ao se referir à influência da disciplina comercial sobre a civil, queixa-se de que os redatores do Código Comercial Brasileiro, a exemplo dos espanhóis, "exorbitarão tambem, – exorbitarão com demazia, – mercantilizarão quasi tudo!" (*Additamentos ao Codigo do Comercio*, vol. 1, xii). O direito comercial é *direito de exceção* e o Código Comercial, por conta da deficiência da legislação civil brasileira, diploma que "contém muitas materias de Direito Commum, que lhe não pertencem" (*Consolidação das leis civis*, xxxix). Não se justifica o tratamento apartado do direito comercial: "Minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio" (carta enviada por Teixeira de Freitas ao Ministro Ribeiro de Andrada, em setembro de 1867, transcrita por Silvio Meira, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do Império*, 352). Posteriormente, no campo do direito comercial, a compreensão de Teixeira de Freitas será retomada por Inglez de Souza, que deixará claro o *traço político* da busca pela eliminação dos favores classistas outorgados aos comerciantes. "A desigualdade de tratamento de pessoas que exercem funcções sociaes de evidente analogia é um dos principaes inconvenientes da dichotomia do direito privado [...]. Nosso sistema agricola, o trabalho dos estabelecimentos mais importantes tem o feitio de uma especulação commercial e só em pormenores se distingue de qualquer manufactura, sem affectar a essencia mercantil do acto, que por preconceito se lhe nega" (*Projecto de Codigo Commercial*, 5 e ss. No mesmo sentido, *Direito commercial*, 29).

Mais adiante no tempo, vê-se a dicotomia do direito privado sob a ótica de Vivante exposta na aula inaugural proferida na Universidade de Bologna em 1892. A dicotomia havia de ser superada porque: [i] mantinha-se mais pela tradição do que pelas boas razões; [ii] causava danos de índole social e jurídica – pessoas que não são comerciantes ficavam sujeitas às suas regras, talhadas para os mercadores; [iii] trazia prejuízos para o progresso científico, pois os comercialistas não estudariam as regras gerais. Os "improvisados jurisconsultos" referem, a toda hora, contratos *sui generis* (Per un codice unico delle obbligazioni, e também seu *Tratatto di diritto commerciale*, 3. ed., § 1.°, sobre a unidade do direito privado).

Vivante foi incumbido de elaborar o anteprojeto de reforma do Código Comercial italiano e alterou sua convicção. Conforme expõe na 5.ª edição de seu *Trattato*, há diferenças de método que impedem a unificação: o direito comercial vale-se de método indutivo (conclui-se a regra com base nos fatos e, portanto, a conclusão é mais geral do que a premissa), enquanto, no direito civil, o método é dedutivo

(parte-se da premissa geral para chegar-se à conclusão individual). Ademais, apenas o direito comercial assume índole cosmopolita, que decorre do próprio comércio. Somente ao direito comercial toca a regulação dos negócios de massa. Por fim, há institutos típicos e exclusivos do direito comercial, tais como os títulos de crédito.

No passado, o direito mercantil era considerado *direito de classe*, gerador de *privilégios* para os comerciantes – não extensíveis aos fazendeiros. Explica-se dessa forma a reação por parte da doutrina civilista brasileira, que pretendia, na verdade, não a supressão das regalias, mas que elas passassem a assistir também à classe agrícola.[6]

Parece que poucos se deram conta de que há muito *desapareceram as razões que embasavam as críticas à dicotomia*. Em 1910, na primeira edição de seu *tratado*, advertia Carvalho de Mendonça: "As differenças que subsistem entre esses dois ramos do direito privado nada têm de essencial".[7]

5. A bem da verdade, a doutrina brasileira encontrava dificuldade para classificar os negócios entre civis e comerciais; como admite Bulgarelli, "a distinção, na prática, entre os contratos civis e mercantis perdeu muito da sua importância inicial, com a unificação da Justiça [...]".[8] Assim, a necessidade de distinção advinha das "diferenças no tratamento de certos contratos por ambos os códigos",[9] e não de questões materiais. Destaca claramente Fran Martins, "[r]egem a matéria das obrigações, de modo geral, as normas do direito civil".

Nessa linha, Teixeira de Freitas sustenta que as disposições gerais referentes aos contratos mercantis, constantes do Título V do Código Comercial, "forão só motivadas pela pobrêza do nosso *Direito Civil Patrio*[10] [...], e não porque – *para os contractos em geral* – hajão, ou devão havèr, disposições excepcionaes no *Direito Commercial*. A prova está, em que são do *Direito Civil* todas as disposições dos arts. 121 á 139, impostas no Cod. como de *Direito Commercial* pelas costumadas exagerações dos aspectos parciaes. [...] De taes exagerações, aliás destinadas ao bem das excepções do *Direito Commercial*, resulta mal para as interpretações do *Direito Civil*, tirando-se-lhe o que lhe-pertence, e minando-se-lhe as bases de sua constante applicação".[11]

---

6. Cf. Eros Roberto Grau sobre Teixeira de Freitas, *Do ofício de orador*, 108.
7. *Tratado de direito commercial brazileiro*, vol. 1, 19.
8. *Contratos mercantis*, 38. A mesma observação é feita por Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*, vol. 8, p.10.
9. *Contratos mercantis*, 38.
10. *Additamentos ao Codigo do Commercio*, publicado em 1878, ou seja, muito antes da promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.
11. *Additamentos ao Codigo do Commercio*, vol. 1, 522. Para a visão global da obra de Teixeira de Freitas em relação à unificação do direito privado, v. Orlando de Carvalho, Teixeira

Comparato chega a afirmar: "[t]emos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecerem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global".[12]

Por fim, Waldemar Ferreira: "não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma".[13]

Assim, a "elegante discussão" arrasta-se ao longo de décadas mais por amor ao debate do que por necessidade. Como veremos adiante, as poucas diferenças significativas entre as matérias permanecem, mesmo após a unificação operada pelo novo Código Civil.[14]

II.3 A derrocada dos privilégios

6. A doutrina clássica debruça-se sobre os privilégios dos comerciantes que, no final do século XIX, eram sentidos de forma aguda. Inglez de Souza, em 1913, dá notícia desse contexto, revoltando-se contra a desigualdade de tratamento entre o comerciante e o agricultor, "pessoas que exercem funções sociais de evidente analogia". "Emquanto as leis civis e as commerciaes forem leis distinctas, o direito civil não poderá escapar ao formalismo estreito do Código Napoleão e ás iniquidades que são, por assim dizer, a sua base, por que elle assenta em preconceitos burguezes e legisla mais para o patrimonio do que para as pessoas."[15]

Colocam-se em destaque as seguintes diferenças:

[i] enquanto o menos importante dos comerciantes "goza do privilégio de fabricar prova a seu favor, valendo-se da escripturação dos seus proprios livros para demonstrar a responsabilidade alheia, o dono do estabelecimento agricola, com o capital de centenas de contos de réis, utilizando o trabalho de centenas de

de Freitas e a unificação do direito privado.

12. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial,* 251.
13. *Tratado de direito comercial*, vol. 3, 12.
14. Esclarece Leães que a unificação não se realizou nos mesmos moldes da italiana; enquanto lá teria ocorrido verdadeira unificação do direito privado, aqui teve lugar uma "unificação do direito comum em matéria de obrigações" (A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro, 73).
15. *Projecto de Codigo Commercial*, vol. 1, 4-5.

trabalhadores, não pode oppôr a sua escripta ao commerciante com quem venha a ter contestação judicial";

[ii] ao agricultor não assistia o direito de celebrar concordata com seus credores. Inglez de Souza refere-se a esse fato como "odiosíssimo privilegio em relação ao fazendeiro". Ao contrário do comerciante, a quem são facultados o acordo com os credores e a continuação dos negócios "como se não tivesse quebrado", "o agricultor nem com a menor porcentagem de rebate se póde quitar, qualquer que seja a causa de seu atrazo, e fica sempre, de pae a filho, responsavel pela divida que foi forçado a contrahir, e não raro succede que o fazendeiro é apanhado pela fallencia do commissario, que o obriga a soffrer rebate no seu credito, emquanto elle proprio é perseguido e executado por outro negociante que lhe tira os últimos recursos, destruindo o patrimonio da familia"; e

[iii] sujeitava-se à jurisdição comercial e às leis comerciais "quem quer que, sem a menor idéa de especulação mercantil, contracta com um negociante, ou pratica algum desses actos da vida corrente que a legislação de todos os povos considera de natureza mercantil".

Segue Inglez de Souza destacando o que Ripert denominaria "commercialisation du droit":[16] "É o direito civil que se funde, por assim dizer, no commercial, influenciado pelo interesse social que prima ao individual".[17]

Resumindo as razões indicadas por Inglez de Souza, conclui-se que as principais diferenças entre o regramento civil (identificado com o setor agrícola) e o comercial residiam nos privilégios: [i] da oposição da escrita como prova em processos judiciais; [ii] da jurisdição especial; e [iii] da concordata.

Analisemos a evolução que o tempo reservou a cada uma dessas prerrogativas.

II.4 Imposição de escrituração a terceiros

7. A concessão da primeira vantagem apontada por Inglez de Souza tinha em sua origem o escopo de *simplificar o tráfico mercantil*[18] *e garantir o segredo dos assentamentos dos comerciantes.*[19]

16. "Le droit commercial va dominer la vie civile"; "[é]conomiquement, il remplace le droit civil. Notre droit se commercialise" (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 331).
17. *Projecto de Codigo Commercial*, vol. 1, 6-10.
18. Os livros mercantis, "[e]stando revestidos das formalidades legais extrínsecas e intrínsecas [...] fazem prova em favor dos seus proprietários". Isso porque "[s]implicidade na forma e rapidez nas operações constituem, em suma, predicado do comércio. [...] Estaria fora do comércio o negociante que imprimisse aos seus atos e contratos formalismo de tabelião e não sentisse a intensidade da vida mercantil contemporânea" (Waldemar Ferreira, *Tratado de direito mercantil brasileiro*, vol. 1, 125).
19. Cf. Clovis Bevilaqua, *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. 1, 75.

Trajano de Miranda Valverde, na mais clássica obra brasileira sobre a força probante dos livros mercantis, assevera: "Nas questões ou litígios com não-comerciantes, os registros ou assentamentos nos livros mercantis, regularmente arrumados, poderão, evidentemente, ser ilididos por qualquer gênero de prova admitida nas leis civis e comerciais. Mas, desde que não apareçam justos motivos para os repelir, hão de ser êles recebidos como exatos e verdadeiros. Dificilmente se compreenderia que um comerciante, por mais atilado que seja, fizesse lançar nos seus livros operações ou atos que se não verificaram, ou em manifesta desconformidade com o que realmente se passou entre êle, no exercício de sua profissão, e o não-comerciante".[20]

Ocorre que esse privilégio *cai com o código processual de 1973*, que, em seu art. 379, passou a determinar provarem, os livros comerciais devidamente escriturados, "a favor de seu autor *no litígio entre comerciantes*".[21] Ou seja, nas lides com não comerciantes, os livros mercantis subsumem-se à regra geral do art. 368 do diploma processual, válida para todas as partes litigantes, de forma que "[a]s declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras *em relação ao signatário*".

Os livros comerciais fazem prova *contra o seu autor*, sendo lícito aos mercadores "demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos".[22]

Com algum esforço hermenêutico, podemos concluir que o privilégio não renasce com o Código Civil atual. Dispõe seu art. 226: "Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a quem pretendem, e, em seu favor, quando escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios".

Inexistente contradição entre seus dispositivos e os do Código de Processo Civil, o art. 226 do primeiro[23] deve ser posto *a latere* do art. 379 do segundo, de forma que os livros comerciais provam a favor do comerciante *somente nos litígios entre comerciantes* e, mesmo assim, "quando escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco" e "forem confirmados por outros subsídios".

20. *A força probante dos livros mercantis*, 75.
21. "Art. 379. Os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei, provam também a favor do seu autor no litígio entre comerciantes."
22. "Art. 378. Os livros comerciais provam contra o seu autor. É lícito ao comerciante, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos."
23. "Art. 226. Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos."

Ou seja, no que diz respeito à força probante dos documentos em geral, há muito nada havia de especial que protegesse os mercadores. *A regalia antes concedida exclusivamente aos comerciantes sobre os livros mercantis está abolida desde 1974, com o início da vigência do Código de Processo Civil.*

II.5 Jurisdição especial

8. A jurisdição especial para os mercadores foi uma das razões determinantes do nascimento do direito comercial, concretizando sua autonomia e reforçando o poder da classe mercantil.

No Brasil, o Regulamento 737/1850[24] assegurava a jurisdição exclusiva – o que, na opinião de Teixeira de Freitas, significava "grave calamidade pública, tortura contínua do Fôro, ninho funesto de questões innumeraveis!". Não eram poucas as causas que discutiam a jurisdição competente, assumindo especial relevância a interpretação do art. 4.º do Código Comercial e do art. 19 do Regulamento 737, ambos de 1850.[25] Os debates sobre a competência arrastavam-se, prejudicando a solução das lides comerciais.

Em 1875, com a revogação do Regulamento 738, deu-se a supressão dos Tribunais de Comércio, de forma que sua função judicante acumulou-se nos juízes de direito.[26] Em 1890, o Decreto 763, de 19 de setembro, unificou os processos civil e comercial, mandando "observar no processo das causas civeis em geral o regulamento 737", uma vez que não havia "fundamento de direito para que os interesses, sujeitos á competencia, do fôro civil, não sejam igualmente resguardados pela garantia de uma justiça prompta e efficaz". Entretanto, embora uniformizadas as regras processuais, as varas privativas de comércio continuavam a existir.[27-28-29]

24. Entre nós, a jurisdição comercial era *estatal*, ou seja, os Tribunais dos mercadores eram organizados e mantidos pelo Estado – e não pela classe mercantil.
25. Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, *Direito de empresa*, 66.
26. Notícia de Sylvio Marcondes (*Anteprojeto de Código de Obrigações*, 8) e de Comparato (A cessão de controle acionário é negócio mercantil?, 249).
27. V. preâmbulo ao Decreto 763/1890.
28. Conforme se depreende do teor do art. 2.º e do art. 3.º desse decreto: "Art. 2.º Perante o juiz que accumular a jurisdicção civil e commercial, serão propostas as causas respectivas sem discriminação das duas competencias, seja qual for a natureza do feito com relação ás pessoas ou ao seu objecto. Onde, porém, houver vara privativa do commercio, a acção será proposta perante o juizo competente, com indicação especificada da jurisdicção. Art. 3.º A excepção ou allegação de incompetencia, sob o fundamento de ser a causa civil ou commercial, não póde ser opposta depois da contestação; e sendo omittida ou julgada improcedente, não se annullará mais o feito por motivo dessa incompetencia, nem *ex-officio*, nem a requerimento das partes."

No século XIX, a partir de 1891, com a progressiva superação do Regulamento 737 pelos códigos de processo, em muitos estados brasileiros cai a jurisdição especial. Em 1939, com a promulgação do então novo Código de Processo Civil, os estados que adotavam o Regulamento 737 também suprimem as jurisdições especiais.[29]

Ou seja, as regras processuais diferenciadas para os comerciantes deixam de existir no Brasil a partir de 1890. No ano seguinte, a dicotomia em relação à jurisdição foi superada em diversos estados,[30] *desaparecendo definitivamente em 1939.*[31]

29. Comentando a alteração da legislação e os conflitos que se instalam entre a competência civil e comercial, assevera Brasilio Machado: "Este inconveniente, que realmente é accentuado em muitas legislações, em parte desappareceu no nosso D. pelo Decreto 763 de 19 de setembro de 1890, o Governo Provisório firmou a doutrina de que – se podia requerer, sem discriminar a competencia, ao juiz que exerça accumulativamente a jurisdição commercial e a civil – para impedir os grandes conflictos que se estabeleciam na jurisprudencia, dando em resultado annullarem-se processos, demandas, acções, na sentença final, por ter o juiz reconhecido que o acto pertencia ora a uma, ora a outra jurisdição. Digo que desappareceu em parte esse inconveniente no nosso D. processual porque, quando há distincção da competencia, quando há, por ex., um juiz commercial privativo e um juiz do civil privativo, não se pode requerer ao juiz commercial aquillo que pertence á materia civel" (Brasilio Machado, *O Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 208).
30. O estado do Rio de Janeiro possui varas especiais para matéria empresarial, cuja competência, nos termos da Resolução 19/2001 do Tribunal de Justiça daquele Estado, é processar e julgar falências, concordatas, declarações de insolvência, execuções contra devedor insolvente, ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, causas relativas a direito societário, causas relativas a propriedade industrial e nome comercial, causas em que a Bolsa de Valores esteja envolvida, causas relativas a direito marítimo, além de cumprir as precatórias pertinentes à matéria de sua competência.

    No estado de São Paulo, a introdução de câmaras especiais no Tribunal de Justiça [chamadas de "câmaras reservadas"] tem merecido aplausos da comunidade jurídica e do empresariado. Há a 1.ª e a 2.ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, formando, ambas, o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Sua competência exclui os feitos de natureza penal, devendo julgar os recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista nos artigos 966 a 1.195 do Código Civil, Lei 6.404/1976, as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei 9.279/1996, e a franquia [cf. Resolução TJSP 558/2011]
31. Não obstante essas modificações legislativas, nota Comparato que "toda a doutrina brasileira, sem exceção, continuou imperturbável na discussão do assunto, como se nenhuma alteração em nosso direito positivo houvesse ocorrido", seguindo a discussão sobre os atos de comércio (A cessão de controle acionário é negócio mercantil?, 249).

II.6 Proteção contra crises econômicas e falências

9. Voltemo-nos agora para a última questão dotada de relevância prática que envolvia a dicotomia do direito privado, indicada por Inglez de Souza: a possibilidade de os comerciantes celebrarem concordata ou terem sua falência decretada. Nesse aspecto, a unificação do direito privado *não superou a diferença entre comerciantes e não comerciantes, que permanece atualmente, travestida de outra terminologia.*

Waldemar Ferreira esclarecia que a concordata destinava-se a suavizar os infortúnios dos comerciantes, ao passo que a falência significava proteção para os credores, permitindo a liquidação da empresa sem condições de subsistência.[32]

Atualmente, a falência e a solução de crises financeiras seguem institutos voltados exclusivamente à atividade das empresas, não obstante tendência diversa no direito comparado.[33] Apesar dos debates que cercaram a promulgação da nova Lei de Falências, a opção legislativa manteve o sistema vigente, de sorte que a falência e a recuperação judicial e extrajudicial são aplicadas apenas ao empresário e à sociedade empresária.[34]

Remanesce, portanto, a principal diferença entre comerciantes e não comerciantes.[35]

32. "Estabeleceu, a seu favor, como privilégio, a concordata preventiva, a fim de suavizar-lhe os infortúnios; e a falência para que, impossível ou denegada aquela, mais rápida e eficazmente realize e liquide seu patrimônio, em proveito dos seus credores" (*Tratado de direito mercantil brasileiro*, vol. 1, 123).
33. Como se faz sentir, e.g., na Alemanha, com a *Insolvenzordnung* de 1994, em que o procedimento de insolvência aplica-se ao devedor independentemente de seu caráter civil ou comercial (v. Isabel Candelario Macías, *Il diritto concursale in Europa*, 201). Sobre a repercussão do tema na doutrina italiana, cujo "dibattito non ha cessato di interessare i giuristi", v. Angelo Bonsignori, *Il fallimento*, 172-4.
34. Dispõe a Lei 11.101/2005: "Art. 1.º. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor." Repisando o entendimento que deriva do diploma, anota Verçosa que, "dessa forma, primordialmente e de maneira geral, a lei se aplica ao empresário e à sociedade empresária", definidos nos termos do art. 966 e 982 do Código Civil (Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência, 64-5).
35. Pois, no dizer de Rubens Requião, "a unificação [...] se nos afigura, todavia, tímida. Tornar-se-á uma unificação ilusória. É feita, a exemplo de seu paradigma italiano, pela metade. Ficará o direito brasileiro, a prevalecer o sistema adotado pelo govêrno, no meio do caminho. E isso porque enquanto a Falência permanecer como instituto eminentemente comercialista, é impossível a unificação, em tôda a natural extensão da palavra" (Notas sôbre o projeto do Código de Obrigações, 19).

II.7 A questão da agricultura

10. Afirmou-se que a principal revolta contra os privilégios concedidos aos comerciantes derivava da sua não extensão ao setor agrícola. Como explicar que, em sociedade eminentemente agrária, fossem concedidos significativos privilégios a outros agentes econômicos que não os fazendeiros? Somente a dimensão histórica do problema pode delinear alguma resposta.[36]

Nossa realidade agrícola não é composta exclusivamente pelos grandes agricultores; a par do que hoje chamamos *agronegócio* ou *agrobusiness* sempre houve pequenas propriedades, sem condições de suportar os deveres impostos aos comerciantes (p. ex., a manutenção de escrituração adequada).[37]

O Decreto-lei 2.627/1940, que disciplinava as sociedades anônimas, tomou em consideração essa realidade de agricultores com variado porte. Seu art. 2.º dispunha ser a companhia sempre mercantil, regendo-se pelas leis e usos do comércio, *qualquer que fosse o seu objeto*.[38-39] Dessa forma, facultou-se ao fazendeiro

36. Segundo Gilberto Bercovici, a promulgação do Código Comercial de 1850 visou a proteger os investimentos estrangeiros, principalmente ingleses. Essa lição coaduna-se com o testemunho de Brasilio Machado, que, em 1907, ensinava aos seus alunos das Arcadas: "Entre nós [...] quasi todo commercio é explorado por estrangeiros" (*O Codigo Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 268).

37. De acordo com Sylvio Marcondes, haveria de ser considerada "a heterogeneidade das condições ainda ocorrentes na extensão continental de nosso território" (Da atividade negocial: empresários e sociedades, 142). O mesmo autor explica com maior precisão a opção deixada ao agricultor em seu escrito Direito mercantil e atividade negocial no projeto de Código Civil, 12.

38. Dispunha o Decreto-lei 2.627/1940: "Art. 2.º Pode ser objeto da sociedade anônima ou companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Parágrafo único. Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio." Comentando o Decreto-lei 2.627, afirma Sampaio de Lacerda: "Hoje, tôda sociedade anônima é mercantil, qualquer que seja o seu objeto (art. 2.º, § 1.º, que derrogou o art. 136 do Cód. Civil), mesmo que se destine a operações sôbre imóveis" (*Manual das sociedades por ações*, 21). Neste ponto específico, o Decreto-lei 2.627 apresenta *inovação*, pois antes dele as sociedades agrícolas, mesmo constituídas sob a égide da lei das sociedades anônimas, permaneciam civis e civil era seu objeto (cf. Achilles Bevilaqua, *Sociedades anônimas e em comandita por ações*, 11).

39. O Código Comercial de 1850, em sua redação original, não previa que a sociedade anônima poderia ser mercantil, independentemente de seu objeto. Conselheiro Orlando faz referência ao eventual objeto civil: "As companhias ou sociedades anonimas, quer o seu objecto seja commercial, *quer seja civil*, se podem estabelecer independentemente de autorisação do governo, excepto as que enumera o § 2.º. do art. 1 da Lei 3150 cit. e Decr. 8821 cit., art. 130" (*Codigo Commercial do Imperio do Brazil*, 137, destacamos). Em 1860, noticia Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, o art. 2.º da Lei 1.083 dispunha sobre diversas companhias "assim civis como mercantis" (*Conflito de interesses nas assembléias de S.A.*, 68-9). Em 1882, por força do Decreto 3.150, de 4 de novembro, seguiu-se admitindo expressamente as sociedades anônimas de objeto civil: "Art. 1.º. As companhias ou sociedades anonymas, quer o seu objeto seja commercial, quer civil, se podem estabelecer sem autorização do governo". Independentemente do objeto, estavam sujeitas à jurisdição comercial as questões referentes "á existência das companhias, aos direitos e obrigações dos socios entre si ou entre elles e a sociedade, á dissolução, liquidação e partilha" (art. 2.º, § 3.º). O art. 2.º do Decreto 434/1891 dispunha que o objeto da sociedade anônima poderia ser civil: "Art. 2.º. Podem ser objeto da sociedade anonyma: todo genero de commercio ou de industria, *as emprezas agricolas*, e todos e quaesquer serviços de natureza commercial ou civil, uma vez que não sejam contrarios á lei, á moral e aos bons costumes".

a opção pelo regime comercial, bastando-lhe organizar seu empreendimento sob a forma de sociedade anônima. Por um lado, gozaria dos privilégios reservados aos comerciantes mas, por outro, deveria arcar com os deveres da legislação mercantil.

O que antes era *privilégio* dos comerciantes, a partir de 1940 passa a constituir *vantagem dos grandes agricultores*, que poderiam decidir (i.e., não lhes era imposto) pelo regramento especial dos mercadores.[40]

O § 1.º do art. 2.º da Lei 6.404/1976[41] manteve a redação do art. 2.º do antigo Decreto-lei 2.627, concedendo ao fazendeiro a *opção* de organizar sua atividade sob a forma acionária e, consequentemente, vê-la considerada comercial.

Esse mesmo sistema de *opção* foi adotado e ampliado pelo art. 971 do CC/2002: ao agricultor é *facultado* assumir a condição de empresário e os deveres correspondentes.[42]

II.8 Unificação das obrigações

11. Além dos protestos de Inglez de Souza, outras diferenças existentes entre comerciantes e não comerciantes foram paulatinamente superadas pela jurisprudência e pela prática mercantil. Nesse processo de erosão da dicotomia, importante função foi desempenhada pelo art. 121 do Código Comercial, que mandava aplicar

40. Sylvio Marcondes entende ser civil a sociedade destinada a objeto civil, embora revestida de forma comercial; "o que demonstra, no caso, a preponderância do elemento substancial sôbre o elemento formal" (Da atividade empresarial: empresários e sociedades, 168).

41. "Art. 2.º § 1.º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio."

42. "Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro."

a lei civil aos contratos comerciais desde que não houvesse conflito com a legislação especial.[43] Trata-se, no dizer de Sylvio Marcondes, de "traço de inspiração unitária"[44] e que poupou os brasileiros da sovada discussão sobre serem ou não as leis civis fonte de direito comercial.

Parte dos autores brasileiros sempre sustentou que a superação da antiga dicotomia resumia-se, além da falência, à unificação da disciplina das obrigações. Essa constatação não prejudica o fato de que muitas das diferenças no campo obrigacional outrora existentes entre os dois sistemas haviam sido limadas pela jurisprudência ao longo das décadas.[45]

12. Tome-se, como exemplo, o instituto da mora. O art. 205 do Código Comercial exigia a interpelação judicial do devedor comerciante para constituí-lo em mora.[46] O art. 955 do CC/1916, por sua vez, adotava o princípio do *dies interpellat pro homine*, ou seja, a simples falta de cumprimento da obrigação no tempo e modo devidos era suficiente para aquele fim.[47] Ao longo do tempo, a jurisprudência comercial foi corroendo essa diferença, concluindo que, em relação à necessidade de interpelação judicial "quando as partes contratantes expressamente não hajam convencionado em contrário, a citação para responder à ação supre essa exigência".[48]

43. "Art. 121. As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código." Ademais, o Regulamento 737 colocou as leis civis como fonte preferencial sobre os usos comerciais, salvo nas questões de sociedade e em outras hipóteses expressamente previstas (art. 2.º, 2.ª alínea). O art. 428 do Código Comercial adotava a mesma linha do art. 121, declarando que se mantêm os meios estabelecidos pelo direito civil para extinção e dissolução das obrigações, com as exceções expressamente previstas no Código. A esse propósito, Carvalho de Mendonça observa que o direito comercial, no Brasil, coloca-se como "exceção a regra", por força do disposto nos arts. 121 e 428 do Código Comercial, bem como do art. 2.º do Regulamento 737/1850.
44. *Anteprojeto de Código de Obrigações*, 8.
45. João Baptista Villela entende que o novo Código Civil nem sequer unificou as obrigações civis e comerciais, pois permanecem apartados dois regimes de capacidade (arguição em sessão pública de defesa de tese de doutoramento, realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 19.03.2008).
46. "Art. 205. Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que preceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço." Lembre-se o teor do art. 138 do Código especial: "Art. 138. Os efeitos da mora no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no contrato, começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento".
47. "Art. 955. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionados (art. 1.058)."
48. Supremo Tribunal Federal, RE. 85.141, j. 16.12.1976, rel. Min. Moreira Alves, Nesse acórdão, embora o relator expressamente reafirme as diferenças existentes entre a mora civil e a comercial, admite, com base nas lições de Carvalho de Mendonça, que a citação substitua a interpelação judicial, corroborando a jurisprudência de então. Em 1958, o mesmo Tribunal decidia: "Não seria imprescindível a interpelação como passo preliminar da demanda. Interpelar o réu, para quê? Para que ficasse ciente de que devia devolver as [...] sacas de café, indevidamente alienados? Seria uma ingenuidade. Para a emenda da mora? Seria uma inutilidade [...]. Aqui, pela vontade das partes, tinha plena aplicação a regra – *dies interpellat pro homine*" (RE 34.029, j. 26.08.1958, rel. Min. Villas Bôas).

II.9 Locações comerciais

13. Desde o Decreto 24.150/1934,[49] protege-se o fundo de comércio mediante a concessão de direito à renovação do contrato de locação mercantil, i.e., que tem por objeto o "prédio, urbano ou rústico, destinado pelo locatário a uso comercial ou industrial".[50] O objetivo da lei, assinala Oscar Barreto Filho, era resguardar, em benefício do locatário comerciante, "o valor que a exploração do fundo de comércio no imóvel trouxe ao local". Isso porque "[a]o local de negócios se prende particularmente a freguesia ou *achalandage*".[51]

A origem desse diploma é o art. 127 da CF/1934, que mandou regular "por lei ordinária o direito de preferência que assiste ao locatário para a renovação dos arrendamentos de imóveis ocupados por estabelecimentos comercial ou industrial".

"Toma-se como ponto de partida o valor incorpóreo do fundo de comércio, que se integra, em parte, no valor do imóvel, trazendo, destarte, pelo trabalho alheio, benefícios ao proprietário."[52] Ou seja, para a proteção dos gastos realizados pelo comerciante, que de alguma forma cristalizam-se sobre o ponto comercial, é assegurado o direito de renovação do contrato, coibindo o proprietário de arrebatar esses investimentos. Ao resguardar o locatário da expropriação, a lei estimula o desenvolvimento das atividades econômicas, reforçando a segurança da inversão por ele efetuada.

Reconhece Cordeiro Guerra, em 1977: "A ação renovatória [...] tem um fundamento econômico, qual seja o de manter a estabilidade das empresas, assegurando a continuidade de empregos e a produtividade do país. [...] Isto é, o que se protege é o comércio ou a indústria, a continuidade da empresa, que é um conceito consagrado hoje e que vem dos comercialistas italianos [...]. Por conseguinte, o

49. Na esteira da Lei francesa de 30.06.1926.
50. "Art. 1.º Não havendo acôrdo entre os interessados, a renovação dos contratos de arrendamento de prédio, urbano ou rústico, destinado, pelo locatário, ao uso comercial ou industrial, será sempre feita na conformidade do disposto nesta lei."
51. *Teoria do estabelecimento comercial*, 260.
52. Waldemar Ferreira, *Tratado de direito comercial*, vol. 6, 116.

que se defende nesta lei é a continuidade da unidade de produção dentro de uma sociedade burguesa".[53]

Assim, a jurisprudência, em muito embasada na ideia de preservação da empresa, desenvolveu-se de forma a ampliar a aplicação da Lei de Luvas, garantindo a proteção mesmo aos não comerciantes, desde que se orientassem pelo intuito lucrativo.[54]

Atualmente, a Lei 8.245/1991 segue a mesma linha, garantindo o direito à ação renovatória ao locatário de "imóveis destinados ao comércio" e que "esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos".[55] Ademais, dispõe, em seu art. 51, § 4.º, que o direito à renovação do contrato "estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos neste artigo".

II.10 A que vem a noção de empresa?

14. Da explanação até aqui empreendida, poder-se-ia concluir que os pontos de diferenciação entre a disciplina civil e comercial (ou empresarial) resumem-se principalmente às falências, à recuperação judicial e às locações comerciais. Seria, assim, forçosa a dedução de que a caracterização da empresa (ou do empresário) prestar-se-ia, quando muito, a determinar a incidência de dois diplomas (Lei 11.101/2005 e Lei 8.245/1991).[56]

53. Supremo Tribunal Federal, RE 86.193-RJ, j. 06.10.1977, rel. Min. Cunha Peixoto.
54. Mesmo antes do início da vigência da nova Lei, advertia Eduardo Ribeiro: "Não se ignora que grande controvérsia sempre existiu a propósito da abrangência da chamada 'Lei de Luvas'. Aplicada no rigor de sua letra, não compreenderia mais que as locações destinadas ao exercício do comércio. Em vista da finalidade da lei, entretanto, procedeu-se a prudente construção, em consideração à circunstância de que importa exista uma clientela, que se forma também em atenção ao local em que situado o imóvel" (Superior Tribunal de Justiça, REsp 12.842-RJ, j. 09.03.1992, rel. Min. Nilson Naves). Ademais, admitia-se que as partes, ainda que o locatário fosse sociedade civil, poderiam prever no contrato a aplicação do Decreto 24.150/1934.
55. "Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I – o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II – o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III – o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos."
56. Vale lembrar que alguns títulos de crédito permanecem relacionados, *por força de lei*, ao exercício da atividade empresária, "endereçados estritamente a negócios jurídicos entre empresas e outros que só podem ser emitidos por elas" (Bulgarelli, *Tratado de direito empresarial*, 147). Entre esses títulos – denominados por Bulgarelli *títulos empresariais* – pode-se apontar, e.g., a duplicata (cf. arts. 1.º e 20 da Lei 5.474/1969), o conhecimento de depósito e o *warrant* (de emissão exclusiva das "empresas de armazéns-gerais", conforme os arts. 1.º e 15 da Lei 1.102/1903) e o conhecimento de transporte aéreo de carga (emitido privativamente pelo "empresário transportador", segundo arts. 222 e 235 da Lei 7.565/1986).

O conceito de empresa, ovacionado pela doutrina, quase nada serviria ao homem de negócios e mesmo ao jurista que enxergasse além da janela de seu gabinete.[57]

15. Mas essa conclusão não seria de todo verdadeira.

A compreensão da empresa é útil à identificação dos entes cuja organização e interação no mercado integram o objeto de estudo do direito comercial. Irrefutável a lição de Comparato: "Se se quiser indicar uma *instituição social* que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa".[58] Desta feita, para se revestir de utilidade, a empresa há de ser enxergada como *instituição social*, superando as limitações formais que imobilizam aqueles que não a apreendem como *agente econômico*.

Se assim for feito, concluir-se-á que, sem a empresa, o direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão de existir, pois, hoje, ele aí está para disciplinar, de acordo com sua lógica peculiar, a empresa e sua interação com outras empresas no mercado.

II.11 Empresa como centro de imputação

16. Os embates jurídicos sobre a noção de empresa deixam entrever que, em muitas situações, ela transforma-se em *centro de imputação* de direitos, deveres e obrigações, independentemente do empresário ou da sociedade empresária.[59]

57. Essa impressão vem confirmada pela jurisprudência, pois a maioria dos casos em que se discute a existência e a caracterização da empresa (e não são muitos) cinge-se a essas duas hipóteses. Considerando-se que o direito comercial é indissociável da prática dos comerciantes, uma conclusão possível – embora um tanto açodada – seria que a construção doutrinária sobre a empresa se revestiria de pouca utilidade na vida do direito mercantil.
58. A reforma da empresa, 3, destacamos.
59. Afirmava Bulgarelli, em 1972: "Permanece, portanto, difusamente inserto no Direito o conceito de empresa, sob os aspectos mais diversos e com os objetivos mais variados. Ora para responsabilizá-la pelos compromissos trabalhistas, independentemente de quem seja o empresário; ora para fixar sua posição dentro do enquadramento sindical; ora para a concessão de benefícios de natureza fiscal; ora para a inserção em planos governamentais; ora, e não raro, como simples sinônimo de empresário ou de estabelecimento" (Perspectivas da empresa perante o direito comercial, 57). Em 1985, o autor novamente chama a atenção para a empresa como centro de imputação, embora não se valha desta terminologia (*A teoria jurídica da empresa*, 283 e ss.).

A empresa interessa ao mundo jurídico, impactando-o independentemente de seus titulares; há situações em que a mera existência da atividade gera a composição de suportes fáticos e produz consequências jurídicas.

Nessa linha, os arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE veem a empresa como *centro de imputação*. Nossa Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) também faz recair na empresa a responsabilidade pelas infrações à ordem econômica.[60] Igualmente, o art. 931 do Código Civil acolheu a empresa como centro de imputação ao determinar que "[...] as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

Em 1943, essa postura havia sido pioneiramente assumida pelo art. 2.º da Consolidação das Leis do Trabalho, que define o empregador como "a *empresa*, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços".[61]

60. *In verbis*: "Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica".

61. O § 2.º do mesmo artigo estatui: "§ 2.º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas". Sylvio Marcondes assinala que a empresa é tomada como sujeito pelo art. 2.º da CLT: "A empresa é empregador, considera-se empregador a empresa. Então, a empresa é sujeito" (*Questões de direito mercantil*, 8). Octavio Bueno Magano, após analisar a empresa em profundidade, explica que ela é "o arcabouço da sociedade", de forma que "a sociedade constitui o revestimento da empresa, o seu cartão de visita, uma espécie de atestado da sua aptidão para o comércio jurídico" (*Os grupos de empresas no direito do trabalho*, 89). Porém, como anota João Regis Fassbender Teixeira em relação ao art. 2.º da CLT, "[t]al definição se tem prestado a infindáveis debates, principalmente por insistirem alguns autores na tese de que o empregador não é a emprêsa, mas o empresário" (*Direito do trabalho*, 119). Muitos juristas da área do direito do trabalho entendem que a CLT seria imprecisa nesse ponto: "Juridicamente, [...] a 'empresa', empregando-se, ainda assim, tal palavra em sentido impróprio, porque, a rigor, empresa significa atividade, é objeto de direito. Logo não pode ser empregador" (Délio Maranhão, "Sujeitos do contrato de trabalho", 269). No mesmo sentido, Wilson de Souza Campos Batalha: "A emprêsa não tem personalidade jurídica, apenas pelo simples facto de ser emprêsa, e dessarte não pode constituir um dos polos do vínculo empregatício. A relação jurídica só pode estabelecer-se entre pessoas e à emprêsa não foi ainda conferida personalidade, embora já esteja delineada a tendência no sentido da personificação ou, pelo menos, da autonomia patrimonial. Diz-se comumente, em Direito do Trabalho, que o verdadeiro empregador é a emprêsa; mas, essa afirmativa é puramente metafórica, usada para assinalar a criação da responsabilidade do empreendedor atual pelas obrigações do empreendedor passado, uma vez mantida a emprêsa, com sua característica de unidade econômica da produção" (*Direito do trabalho e participação nos lucros*, 128).

Em registro esclarecedor, Arnaldo Süssekind, coautor do projeto que deu origem à CLT, informa que, durante os debates que antecederam nossa legislação trabalhista, opuseram-se contratualistas e institucionalistas, estes buscando o reconhecimento da empresa como empregador. A proposta de Luiz Augusto de Rêgo Monteiro, estatuindo que a empresa (instituição) participasse da relação de emprego como sujeito de direito, acabou sagrando-se vencedora, após intensas discussões. "[E]m atenção à realidade caracterizada pelo estágio atual das relações entre empregados e empregadores, em que, salvo nos pequenos empreendimentos, é quase nula a interferência do eventual proprietário da emprêsa, deveria a Consolidação adotar, a respeito, conceito capaz de refletir essa situação, atinente à despersonalização do empregador. [...] Havia, assim, sem embargo da controvérsia entre institucionalistas e contratualistas, um reconhecimento comum do relevante papel da emprêsa como elemento do contrato de trabalho". A explicação desse autor é definitiva e afasta a opinião daqueles que insistem que a referência da CLT à empresa seria fruto de descuido ou de falta de técnica: "Não pretendeu a Consolidação, na solução realista que adotou, inovar o sistema legal atinente aos sujeitos de direito das relações jurídicas, para classificar a emprêsa como pessoa jurídica, independentemente da pessoa do seu proprietário (subjetivação da emprêsa); êste continua a existir, sem embargo de ser a emprêsa o elemento básico dos respectivos contratos de trabalho. O que ocorre é que os direitos e obrigações pertinentes às relações de trabalho nascem em função da emprêsa; são inerentes a ela e não à pessoa natural ou jurídica que, no momento, detém o seu domínio" (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação complementar* 62-3).

As lições de Evaristo de Moraes Filho mostram ser indubitável a adoção, pelo direito trabalhista, da *empresa como centro de imputação*: "O contrato de trabalho, uma vez celebrado, leva mais em consideração a emprêsa do que pròpriamente a pessoa de quem o concluiu pelo lado patronal. [...] Do lado patronal, toma-se como ponto de referência ou de convergência dos contratos de trabalho, não mais a pessoa física ou jurídica do seu titular, e sim o próprio organismo produtivo" (*Do contrato de trabalho como elemento da empresa*, 239).

62. Sobre a imputação da atividade de empresa, v. Tullio Ascarelli, O empresário, 185; Francesco Galgano, L'imputazione dell'attività di impresa, 109 e ss., e Vincenzo Buonocore, *L'impresa*, 181.

17. Advirta-se, contudo, que não devem ser confundidos [i] a geração de direitos, deveres e obrigações pela mera existência da empresa com [ii] os critérios usados para atribuição da responsabilidade por esses mesmos direitos, deveres e obrigações. No primeiro caso, referimos a "empresa como centro de imputação"; no segundo, a "imputação da atividade de empresa". As questões são bem diversas.[62]

II.12 Empresa como agente econômico e a importância dos contratos

18. Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise.

A empresa não apenas "é"; ela "age", "atua" no mercado, e o faz principalmente por meio dos contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*. Sua abertura para o ambiente em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que "[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais".[63] A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a *empresa é agente econômico*.

É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleçam relações com terceiros. Essa ação recíproca (empresa ↔outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a *contratos*[64] *e, consequentemente, a*

63. Vincenzo Roppo, *Il contratto*, 56. V., também, Ronald Coase, The nature of the firm, opúsculo que deu origem aos estudos da empresa como "feixe de contratos". Entretanto, a empresa não pode ser vista apenas sobre esse prisma, pois, dessa forma, desconsidera-se a importância da propriedade dos bens de produção.

64. Adotamos a definição de Orlando Gomes, para quem contrato é "o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam", ou seja, o negócio "cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial" (*Contratos*, 11).

Tecnicamente, o contrato é espécie de negócio jurídico, que, na autorizada visão de Junqueira, traduz-se em "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide" (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 16).

No entanto, na tradição do direito comercial, o termo "negócio" vem muitas vezes empregado no sentido de "transação" ou "negociação". Trata-se, para Ferreira Borges, de "termo de conceito prático", ligado a "qualquer operação mercantil" (*Diccionario juridico comercial*, 327). Nesse sentido, os arts. 140, 165, 314 e 331 do Código Comercial de 1850 e o art. 1.º do Decreto-lei 737, do mesmo ano.

Neste trabalho, seguimos a linha comercialista, identificando o "negócio mercantil" com as operações feitas pelos comerciantes e que se corporificam em contratos. Empregamos a palavra "negócio" no sentido de *affare* em língua italiana ou *affair* na francesa.

Outra precisão terminológica que se faz necessária diz respeito ao sentido que a palavra "contrato" assume hoje para os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Economia Industrial. De acordo com a noção transcrita por Williamson, contrato é "an arragement between two or more actors supported by reciprocal expectations and behaviour" (The firm as a nexus of treaties: an introduction, 3) Na definição de Farina et al, contrato é "[u]m acordo entre ofertante(s) e demandante(s), no qual os termos da troca são definidos" (*Competitividade: mercado, Estado e organizações*, 283).

Muitas vezes, os economistas referirão como contrato algo que, para os juristas, estabelece outro tipo de vínculo. Por exemplo, na literatura econômica é comum denominar-se "contrato" a relação entre administradores e acionistas das companhias – algo inconcebível para os juristas. "Assim, são considerados arranjos contratuais aqueles internos

relações jurídicas,[65] que acabam por constituir o substrato do mercado. Na dicção de Roppo, "na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria a riqueza".[66]

19. A doutrina, de certa forma, atribuía menor importância à dimensão contratual do ente produtivo, fazendo repousar o foco de sua análise no empresário e em sua capacidade gerencial. Não é por acaso que o *Codice Civile* de 1942, em seu art. 2.082, define a empresa a partir do conceito individualista de empresário, colocando o foco não em sua interação com os outros agentes econômicos, mas em sua capacidade (isoladamente considerada) de organização dos fatores de produção.[67] A empresa mostra-se como um *desdobramento* dessa perspectiva monista, de maneira que o centro da análise não recai em sua interação com outros agentes, como vimos ao final do primeiro capítulo.

É recorrente, na doutrina comercialista, a referência à "atividade". Essa menção, contudo, não visa a destacar a *interação* da empresa com outras, mas o desdobramento da série de atos praticados pelo *empresário* na organização dos fatores de produção. Tanto assim que a própria definição de atividade, acolhida de forma praticamente unânime, propugna que ela constitui uma "série de *atos*

às firmas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às firmas que regulam as transações entre firmas independentes, podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação)" (Zylberstajn e Sztajn, *Direito e economia*, 104). Para certos economistas, "a empresa ("firm") é vista como um conjunto de *contratos entre os fatores de produção*, sendo cada um desses fatores motivado pelo autointeresse" (Eugene Fama, Agency problems and the theory of the firm, 289, destacamos).

Em suma, economistas tendem a identificar a palavra "contrato" com qualquer "maneira de coordenar as transações" ou "todas as relações que criam vínculos de interdependência entre dois ou mais sujeitos" (Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 57), adotando terminologia não coincidente com a jurídica. Essa disparidade, por vezes, gera grande confusão.

65. É importante ressaltar que, além de contratos, a empresa pratica *atos jurídicos unilaterais* (para definição de ato jurídico, v. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 159). São exemplo desses atos os votos proferidos pela pessoa jurídica em assembleias de sociedades nas quais detenha participação (v., a esse respeito, Giuseppe Sena, *Il voto nella assemblea della società per azioni*, 13 e s. e Pinto Furtado, *Deliberações dos sócios*, 98 e ss.). Outros exemplos são a fixação de sua sede em determinado endereço ou a divulgação de fato relevante ao mercado.

66. Roppo, *Il contratto*, 56.

67. *In verbis*: "É imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi". Essa linha foi seguida pelo art. 966 de nosso Código Civil, que estabelece: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

(praticados pela empresa) *unificados* por um escopo comum".[68] Se, à época em que foi talhada, essa visão era justificável pelas razões que analisamos no primeiro capítulo, hoje pode ser considerada reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo e muito menos ao fato de que a empresa somente existe porque inserida no mercado.

II.13 O surgimento do direito do consumidor

20. Embora as diferenças entre compras e vendas celebradas exclusivamente por comerciantes e aquelas das quais participa um consumidor sempre tenham sido notadas pela doutrina,[69] a força atrativa do direito comercial trazia, para si, a disciplina do varejo. Nesse sentido, era a interpretação dominante do art. 191 do Código Comercial,[70] que tipificava como mercantil a compra e venda "de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso [...] contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor" fosse "comerciante".[71-72]

Consumidores – esclarece Antonio Herman Benjamin – sempre existiram. "Apenas o Direito [...] não tinha uma percepção clara de sua moldura, como sujeito diferenciado de categorias tradicionais."[73] A preocupação com a parte vulnerável

68. Nicola Rondinone, *L'attività nel codice civile*, 13.
69. "Nas vendas de retalho ao povo, ainda que raras vezes se proponha causa de lesão, ella comtudo frequentemente acontece nos Paizes pobres, e immorigerados, com terrivel encargo de consciencia do vendedor, que se prevalece da sinceridade, bôa fé, inexperiencia, ou simpleza, rusticidade, ou precisão do comprador" [Visconde de Cairu (José da Silva Lisboa), *Principios de direito mercantil*, 504].
70. Cf. Carvalho de Mendonça, *Tratado*, vol. 1, p. 476.
71. *In verbis*: "Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição. É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante".
72. V., para o contexto histórico do nascimento e do desenvolvimento do direito do consumidor, com ênfase para a realidade brasileira, o importante estudo de Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 215 e ss.
73. O direito do consumidor, 49.

da relação, com o ser humano sujeito ao poder da empresa, não se desenvolveu com a mesma velocidade da economia de massa.[74]

21. Costuma-se apontar como marco inicial da tendência à proteção dos consumidores a mensagem enviada pelo presidente John Kennedy ao Congresso estadunidense, no ano de 1962, clamando pelos direitos de segurança, de informação, de escolha e de ser ouvido.[75]

Em pioneiro artigo publicado em 1974, Fábio Konder Comparato destacava a necessidade de se proteger o consumidor, deixando claro que "[d]ecididamente, o Brasil ainda não entrou na era dos direitos individuais do consumidor".[76]

É bem verdade que, há muito, existem entre nós normas de proteção à *economia popular*, esboçando certa tutela consumerista.[77] Entretanto, essas são regras esparsas que, descoordenadas entre si, não formam um microssistema jurídico. Atestando esse fato, em 1983, Waldírio Bulgarelli relata as pressões contrárias à concessão de maior proteção aos adquirentes e os entraves à modernização da legislação brasileira.[78]

22. Paulatinamente, foi-se admitindo a necessidade de disciplina especial para esse aspecto do comércio, aumentando o grau de confiança dos consumidores em prol do tráfico mercantil.

Em 1987, é publicada tese com a qual Luiz Gastão Paes de Barros Leães conquistou a titularidade de Direito Comercial, denominada *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. O professor das Arcadas propôs a superação da clássica abordagem dos contratos, alterando-se a disciplina da responsabilidade civil. Referindo-se ao "consumidor enquanto coletividade", adverte que "o interesse do consumidor não é apenas um interesse privado em colisão com um outro interesse privado", mas vai além e atinge *interesses difusos*.[79]

Na década de 80, alguns acórdãos voltam-se à proteção dos consumidores. Exemplo dessa mudança de visão ocorre nos julgados sobre furto de veículos estacionados em casas comerciais. De início, a jurisprudência tende a considerar que o comerciante não seria responsável pelos danos, pois "não sendo cobrado dos

74. Newton de Lucca afirma, baseado na doutrina consumerista, que não obstante a longa história de preocupação com o consumidor, "sua proteção, na verdade, possuiria apenas origens recentes" (*Teoria geral da relação jurídica de consumo*, 31).
75. Nesse sentido, Newton de Lucca (*Teoria geral da relação jurídica de consumo*, 32) e Fábio Konder Comparato (A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988, 66).
76. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico, 103.
77. A título exemplificativo, Leis 1.521 e 1.522, de 1951.
78. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de *lege ferenda*, 43 e ss.
79. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, 195.

proprietários de veículos o estacionamento no espaço destinado a esse fim, fora do prédio do supermercado, não há cuidado do dever de vigilância, em ordem a caracterizar a responsabilidade civil da firma proprietária do estabelecimento, em caso de furto".[80] Posteriormente, admitiu-se a culpa da empresa quando caracterizado o contrato de depósito: a "gratuidade não afasta o dever de guarda".[81]

Em 1990, julgado do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria de Waldemar Zveiter, estabelece importante precedente e confirma o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, impondo o dever de ressarcimento ao titular do estabelecimento. A base da decisão segue, contudo, sendo o dever de guarda inerente ao contrato de depósito, e não a tutela do consumidor.[82]

23. Dando concreção ao disposto no art. 5.º, XXXII, da Constituição do Brasil, bem como ao comando do art. 170, V, em 1990,[83] entra em vigor a Lei 8.078, introduzindo o Código de Defesa do Consumidor.

A partir de então, os contratos estabelecidos entre empresas e consumidores passam a se sujeitar ao sistema consumerista, regidos por princípios peculiares, diversos daqueles do direito mercantil. Reconhece-se a existência do direito do consumidor[84-85] dotado de "estrutura [que] gira em torno de um núcleo particular – uniforme e coerente – que lhe dá um regime especial, com princípios, institutos,

80. Supremo Tribunal Federal, RE 114.671-1-RJ, j. 20.10.1987, rel. Min. Carlos Madeira.
81. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível 103.248-1, j. 02.11.1988, rel. Souza Lima. V. também Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Apelação Cível 426.671-7, j. 06.12.1989, rel. Toledo Silva.
82. REsp 4.582-SP, j. 16.10.1990. Em dezembro do mesmo ano, o STJ confirmou o entendimento, advertindo que não se verificaria a responsabilidade do supermercado se houvesse, no local, "aviso explícito" que "isentasse a proprietária da área de estacionamento de qualquer responsabilidade por furto ou danos aos automóveis ali estacionados" (REsp. 5.905-RJ, j. 04.12.1990, rel. Min. Athos Carneiro). Não se pode deixar de destacar o voto vencido de Eduardo Ribeiro, no REsp 6.517 (j. 19.02.1991, rel. Min. Waldemar Zveiter), entendendo que o mero oferecimento de local para estacionamento não geraria o dever de indenizar.
83. O art. 48 das disposições transitórias dispunha que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor".
84. Ou seja, "a disciplina jurídica que se propõe a tutelar o consumidor nas suas relações com fornecedores", ou "o conjunto de princípios e normas jurídicas que protegem o consumidor na relação jurídica de consumo" (Antonio Herman Benjamin, *O direito do consumidor*, 50 e 54).
85. Sobre o processo de reconhecimento do direito do consumidor como ramo autônomo, v. Newton de Lucca, *Teoria geral da relação jurídica de consumo*, 56 e ss. V., ainda, Alberto do Amaral Júnior, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*, 107 e ss. Ao comentar o então novo Código do Consumidor, Bulgarelli asseverava: "Uma norma com tal extensão, decorrente de uma nova visão do mundo empresarial, haveria de ensejar a ideia de que se trata o direito do consumidor, de um direito especial [...]". "É inegável

conceitos, instrumentos e método de interpretação próprios".[86] *Toda uma massa de contratos é retirada do direito comercial por força da criação de sistema específico, mais adequado às relações de consumo.*[87]

Essa talvez seja uma das transformações mais profundas sofridas pelo direito comercial nas últimas décadas: *ampla gama de contratos passou a submeter-se à racionalidade diversa daquela do direito mercantil, de forma que a ele vai restando a disciplina das relações entre empresas.*

24. Parelha ao direito do consumidor, coloca-se nova perspectiva sobre os interesses difusos. O Ministério Público brasileiro passa a agir na defesa da coletividade, antes desamparada pela indeterminação da legitimidade ativa para pleitear a efetivação de certos comandos legais. Atende-se, assim, aos reclamos de autores atentos à realidade, que apontavam a necessidade da criação de "nova modalidade de ação popular para a defesa de bens ou valores coletivos".[88]

A doutrina brasileira consumerista se desenvolveu rapidamente.[89] Em testemunho de seu tempo, relata um dos expoentes dessa corrente, no ano de 1993: "Multiplicam-se as obras – livros e artigos – que analisam o contrato moderno sobre os mais diversos prismas. Sucedem-se os cursos e seminários sobre a matéria. E, finalmente, a jurisprudência, durante anos prisioneira de concepções ultrapassadas, dá sinais de que acorda para as novas realidades – econômica, social e jurídica – que moldam a contratação atual. No rastro do contrato de trabalho, é o contrato de consumo, com existência própria no âmbito do universo contratual, que ganha destaque e regramento específicos".[90]

Assim como ocorreu com várias regras de direito comercial no início do século XX, os institutos consumeristas tendem a espraiar-se por todo o direito.[91] Com

o caráter peculiar que ostenta, não sendo assim exagerada a afirmação de que se trata de um direito especial" (*Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*, 22).
86. Antonio Herman Benjamin, *O direito do consumidor*, 55.
87. O Código do Consumidor atribuiu juridicidade às chamadas "relações de consumo", como explica Luiz Gastão Paes de Barros Leães, *As relações de consumo e o crédito ao consumidor*, 251 e ss.
88. Fábio Konder Comparato, A reforma da empresa, 13.
89. Nesse contexto, indispensável a referência à obra de Cláudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*. Publicada em 1992, as edições posteriores foram incorporando e estudando a "bela jurisprudência brasileira" sobre a matéria, dando testemunho de sua evolução.
90. Antonio Herman Benjamin na apresentação à obra de Alberto do Amaral Júnior, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*.
91. Na mesma toada, Vincenzo Roppo: "Nato nel campo dei contratti del consumatore, il nuovo paradigma contrattuale manifesta una forza espansiva che lo proietta al di là di

eles, os princípios peculiares do direito do consumidor expandem-se para além de sua linha circunférica.

Ao longo desse processo, o direito comercial ficou relegado a segundo plano, visto como um direito egoísta, subserviente à implacável lógica do mercado, vassalo dos grandes interesses econômicos.[92] A qualidade e a quantidade da produção doutrinária e jurisprudencial em matéria mercantil, salvo honrosas exceções, não se comparam àquelas do direito do consumidor.

II.14 A nova dicotomia: direito do consumidor e direito comercial

25. No quadro que se firma a partir dos anos 80, acima delineado, o direito mercantil deparou-se com nova e marcada dicotomia: a separação entre direito comercial e direito do consumidor.[93]

A autonomia entre as matérias evidencia-se tanto no plano formal quanto naquele material. Sua disposição em diplomas distintos sinaliza a independência formal. Entretanto, quanto às disparidades materiais, a questão não se apresenta tão simples, demandando a observação mais atenta dos princípios consumeristas.

O "direito de não ser explorado",[94] a busca do lucro a orientar o comportamento de apenas um dos polos da relação, a premissa de hipossuficiência, enfim, a lógica do sistema consumerista aparta-se daquela típica do direito mercantil. Se, no direito do consumidor, a presunção é a vulnerabilidade de uma das partes, no direito comercial parte-se necessariamente da assunção oposta. Na dicção de Cairu:

quel campo" (*Il contratto del duemila*, 51 e ss.).

92. Veja-se, a título exemplificativo, o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "O primado dos interesses econômicos sobre aqueles da lealdade e da gratidão ofende nossas consciências de pessoas avessas aos negócios. Isso não acontece, contudo, no ambiente que se convencionou chamar 'mercado'. No mercado, tudo gira em torno do lucro" (REsp 766.012-RJ, j. 23.08.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

93. Antonio Junqueira de Azevedo bem observa esse fenômeno. Para o Professor, os contratos apartam-se entre "contratos empresariais" e "contratos existenciais", que incluem os contratos de consumo, contratos celebrados para viabilizar a subsistência da pessoa humana, compra da casa própria, contratos de trabalho e locações residenciais. "Essa nova dicotomia é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do séc. XXI". Trata-se de sistematização tão funcional para o nosso século quanto foi no século passado a distinção entre os contratos paritários e os contratos de adesão [Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial de contrato, 356].

94. Dicção de Bulgarelli.

"os Commerciantes são, ou sempre se presumem, habeis, atilados, e perspicazes em seus negócios. [...] Por tanto os que exercem a profissão de mercancia, não devem ser menos prudentes e circumspectos em seus tratos. (...)".[95-96]

26. Após infindáveis discussões, os operadores do direito têm razoavelmente delineadas as diferentes pautas de funcionamento do direito civil e do direito comercial. Bem ou mal, dominam-se as áreas de intersecção, bem como os princípios peculiares do direito mercantil, que o diferenciam daqueles que moldam o direito civil.

O mesmo ainda não ocorreu em relação ao *direito do consumidor*. Anuncia-se sua existência apartada dos demais ramos do direito privado, mas poucos efetivamente são capazes de desenhar confins entre as matérias; o pouco tempo transcorrido desde a afirmação dos vetores do consumerismo impede que seus limites apareçam suficientemente decantados aos olhos de todos.

27. Nada haveria a temer não fosse a profunda diversidade entre as relações interempresariais e as relações com o consumidor. *Funcionam conforme lógica diversa; existem em contextos sociais e jurídicos diferentes*. Novamente: cada qual possui *princípios peculiares*, enformadores da própria matéria. O baralhamento desses pontos cardeais não leva à modernização, mas ao comprometimento da mecânica do direito comercial e, consequentemente, do adequado fluxo de relações econômicas.

Nesse contexto, a necessidade de marcar as diferenças entre os dois regimes jurídicos faz com que a consolidação do direito do consumidor traga a "redescoberta" dos contratos comerciais como *categoria autônoma*, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais do direito civil e do direito consumerista.

95. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, vol. 2, 504.

96. Goldschmidt refere-se à "grande criação intelectual" dos romanos: o "uomo d'affari onesto (*bonus vir*), ugualmente lontano cosi dall'egoismo brutale, come dall'ultraterrena rinunzia a ogni mira personale". "[È] piantato nel mondo delle lotte d'interesse un ideale, arduo bensì, ma raggiungibile, e vi è piantato come criterio applicabile immediatamente" (35). Por conta da adoção do padrão de comportamento dos "comerciantes cordatos", o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico (empresa), de forma prudente e sensata, avaliou os riscos da operação e, lançando mão de sua liberdade econômica, vinculou-se. O sistema supõe que, naquele momento, o mercador entendeu que o contrato ser-lhe-ia vantajoso; essa expectativa pode até restar frustrada – e aí reside o risco do negócio. Essa presunção facilita as contratações, pois autoriza o empresário a supor que o outro cercar-se-á dos cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio, diminuindo os custos a serem incorridos pelos agentes econômicos em suas transações.