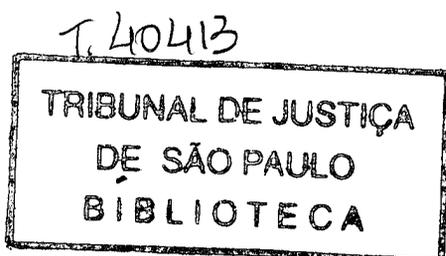


**Alfredo de Assis  
Gonçalves Neto**

# **DIREITO DE EMPRESA**

Comentários aos artigos 966  
a 1.195 do Código Civil

5.ª edição revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

CLASSIFICAÇÃO

1140413

347 32 (81)

G624d

Sud.

(2014)

DIREITO DE EMPRESA

Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil

5.ª edição revista, atualizada e ampliada

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO

1.ª edição: 2007 – 2.ª edição: 2008 – 3.ª edição: 2010 – 4.ª edição: 2013.



Este livro também pode ser adquirido na versão eBook. visite: [livrariart.com.br](http://livrariart.com.br)

© desta edição [2014]

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

MARISA HARMS  
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda  
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450  
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT  
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)  
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor:  
[sac@rt.com.br](mailto:sac@rt.com.br)

Visite nosso site: [www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)

Impresso no Brasil [05-2014]

Profissional

Fechamento desta edição em [28.04.2014]



ISBN 978-85-203-5247-2

# INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO DE EMPRESA

## I. Noções gerais

O conjunto de normas que regula as pessoas, os bens e suas relações na ordem privada em geral compõe o que a doutrina denomina de direito civil. Assim o dizia o art. 1.º do Código Civil de 1916, não reproduzido pelo atual, cujo conteúdo, porém, não se afasta desse enunciado.

---

Trata-se do direito comum de um povo, do direito relativo ao cidadão; a expressão advém do direito romano, onde era utilizada para identificar o direito destinado a regular a vida e as relações jurídicas do *cives*, do homem da cidade de Roma ou, mais precisamente, dos romanos (*ius proprium civilium romanorum*).

---

Sob essa perspectiva, o direito de empresa, objeto do Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002, antes e ainda hoje denominado direito comercial, coloca-se diante do direito civil como um direito especial, isto é, como um direito que, em razão de certas particularidades, afasta-se do regramento geral para submeter algumas dessas pessoas (os empresários), bens e relações jurídicas ligados ao exercício de sua atividade (empresarial), a um regime peculiar e, portanto, diverso daquele que lhes seria normalmente aplicável.

O problema consiste e sempre consistiu em determinar, de modo claro, preciso e lógico, qual o conteúdo desse direito especial – ou seja, o que é por ele regulado efetivamente, qual o seu âmbito de atuação, quais as pessoas, as relações jurídicas e bens por ele abrangidos.

A solução simplista acima apresentada, de que o direito de empresa regula o empresário, bens e relações jurídicas decorrentes da atividade empresarial, começa a enfrentar dificuldades quando se procura determinar com precisão quem é empresário, quais as relações jurídicas que devem ser consideradas a ele inerentes e

quais os bens que se sujeitam ao regime jurídico peculiar assim estabelecido.

O Código Civil do novo milênio trouxe um melhor alento na tentativa de identificação do protagonista da atividade econômica, quando definiu o empresário sem se prender às condicionantes do *ancien régime*, vale dizer, aos atos ou à matéria de comércio. Mas, nem por isso, trouxe uma solução clara e objetiva para a questão.

Anteriormente as dificuldades eram bem maiores, visto que, segundo a maioria dos doutrinadores, a ideia econômica de comércio, a partir da qual se determinava a figura da pessoa que o desenvolvia (comerciante), não correspondia exatamente àquilo que era abrangido pelas normas de direito comercial. Assim, nem todos os comerciantes e nem todo o comércio (agrícola, artesanal, mineração, negócios imobiliários, prestação de serviços) estavam sujeitos ao regramento do direito comercial que, de sua vez, continha normas abrangentes de relações jurídicas outras (v.g., as inerentes aos títulos cambiários) e de pessoas (v.g., produtores, industriais), a rigor estranhas à ideia de comércio.

Diante disso, houve quem procurasse edificar, a partir das regras do direito comercial positivo, um conceito jurídico de comércio para daí concluir que o direito comercial ocupava-se do comércio em sentido jurídico.

Tentando fugir dessa tautologia que, por via oblíqua, conduzia à mesma perplexidade, alguns autores tentaram identificar, também fundados nos preceitos legais então em vigor, a matéria regulada pelo direito comercial (portanto, a matéria comercial), para nela concentrar seu objeto – o que levava ao mesmo resultado.

Pautado por essas ideias surgiu um dos conceitos mais prestigiados de nossa disciplina,

que enunciava: o direito comercial é aquele que regula as atividades que a lei reputa mercantis e as pessoas que profissionalmente as exercem. Tratava-se, sem dúvida, de uma fórmula que, engenhosa do ponto de vista científico e arraigada no positivismo normativista kelseniano, nada explicava, porquanto, em última análise, limitava-se a dizer: o direito comercial regula aquilo que a lei lhe atribui; o direito comercial é aquilo que a lei diz que é.

Abandonando esse círculo vicioso, nada esclarecedor a quem se aventurava no estudo do direito comercial, havia uma corrente no direito brasileiro que, com os olhos voltados para a doutrina e a legislação comparada, sustentava visar o direito comercial a regulação da empresa e das atividades por ela desenvolvidas (direito das empresas). A tese pecava por ser *de lege ferenda* e, portanto, por vislumbrar um direito ideal, ainda então não consagrado legislativamente em nosso País (um direito que deveria ser). É certo que do conjunto das disposições que surgiram após a edição do Código Comercial brasileiro, já se podia, numa interpretação construtiva, chegar a uma conclusão muito próxima a essa, como tentei demonstrar em outro estudo (*Apontamentos de direito comercial*, p. 94-98). Não era, porém, o que professava a doutrina dominante.

Resta saber se, com a reforma da legislação, deflagrada pelo Código Civil de 2002, a empresa passou a ser, efetivamente, o centro do sistema.

As dificuldades para a delimitação do objeto do direito comercial, mercantil ou empresarial – a designação é o que menos importa –, sempre decorreram do fato de seu núcleo (essência ou conteúdo) ser variável. Por fatores de natureza política, social e econômica, que justificaram o nascimento do próprio direito comercial, ele vive em permanente mutação para ajustar-se às sempre novas exigências do tráfico mercantil.

Realmente, num retrospecto histórico verifica-se que (i) seu aparecimento não coincidiu com a descoberta do comércio, o qual, durante muitos séculos, prescindiu de um direito especial para regular as relações derivadas das atividades mercantis; (ii) seu desprendimento do direito comum decorreu, apenas, de circuns-

tâncias e exigências históricas; e (iii) sua transformação, até alcançar seu conteúdo atual, foi resultado de uma série de fatores (econômicos e político-sociais) de grande relevância, verificada com as novas técnicas de comercialização que se desenvolveram ao longo da história (MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, v. 1, p. 45).

Nasceu o direito comercial como obra dos comerciantes da Idade Média; foi por eles criado e aplicado para regular as relações jurídicas relativas aos negócios que celebravam entre si; ampliou seu campo para abranger também as pessoas que contratavam com os comerciantes; viu-se ele, enfim, na contingência de tutelar novas realidades surgidas com a economia de massa.

O conteúdo desse ramo do direito privado é permanentemente afetado por injunções ligadas ao modo de como evoluem ou se aperfeiçoam as relações de natureza econômica, pouco importando a matéria sobre que versem. No afã de exercer sua profissão do modo mais ágil possível, os empresários estão diuturnamente criando novas técnicas, novas formas de contratar que, primeiramente, surgem na prática dos negócios para, somente mais tarde, provocarem a atenção do legislador que as consagra, então, em lei.

Daf a importância que sempre tiveram, e ainda hoje têm, os *usos e costumes* mercantis, por intermédio dos quais se amplia o campo em que gravita o direito empresarial, cujas feições costumeiras, por isso, não lhe podem ser nunca apagadas.

A seu turno, essas novas relações jurídicas surgidas da prática mercantil, inicialmente adotadas pelos comerciantes ou empresários (ou entre eles) no exercício de sua atividade profissional, acabam sendo estendidas a todos (a qualquer pessoa, a todo sujeito de direito). Assim, há como que uma *mercantilização* do direito civil: aquilo que era matéria exclusiva do direito comercial, isto é, de um direito especial, passa a ser matéria de direito comum e, por isso, deixa de ser especial.

---

A influência que exercem as normas de direito comercial sobré as de direito civil é reconhecida por boa parte da doutrina estrangeira. Dentre os

autores nacionais, lê-se em SERPA LOPES (*Curso de direito civil*, v. 1, p. 38-39) o seguinte registro: “Trata-se, como já o acentuou LYON-CAEN, de um fenômeno constante e universal, aplicação de uma espécie de lei de evolução natural, por ele explicável do seguinte modo: ‘quando duas legislações coexistem, a mais equânime, a mais simples, a menos formalista, a que mais completamente se abstrai da nacionalidade dos indivíduos, e tais são as características do direito comercial em face do direito civil, tende a se estender e se tornar a legislação única e comum”.

Não é o direito comercial ou empresarial, portanto, um direito *estático*, destinado a regular as relações jurídicas que envolvem um determinado setor da economia – “diversas e como que eternas categorias de economias contrapostas e simultâneas”, como dizia TULLIO ASCARELLI (*Corso di diritto commerciale*, p. 81). É, ao contrário, um direito *dinâmico* tutelando situações jurídicas derivadas de um sistema econômico que se modifica ao longo da evolução da própria economia.

De sua vez, esse seu conteúdo *mutante* manifesta-se pela ocorrência constante de três fenômenos: o da *ampliação* do seu campo de abrangência para contemplar as sempre emergentes figuras jurídicas criadas pela necessidade de regulação de novas técnicas de comercialização descobertas com o aperfeiçoamento ou o aprimoramento das relações de negócio no mercado; o da *generalização* de suas normas, cuja aplicação, antes limitada às relações de negócio entre os profissionais do mercado, estende-se a todos e se torna, portanto, comum; e o da *redução* desse âmbito que, pela generalização (por passar a ter aplicação geral), perde qualquer justificativa para continuar regulando, de modo especial, aquilo que se generalizou e que, por isso, deixa de ser considerado como objeto de um direito especial, passando, a integrar o direito comum (geral).

---

Sobre o assunto, MANOEL BROSETTA PONT, em sua consagrada tese de concurso, *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*, publicada em Madri pela Editora Tecnos, no ano de 1980.

---

Por tudo que vem sendo exposto, pode-se afirmar que o direito comercial ou direito

de empresa é o ramo do direito que, mais do que qualquer outro, exige uma análise de sua evolução histórica a fim de que se conheçam os caminhos que trilhou, suas mutações, as razões do seu aparecimento e de sua permanência até nossos dias como um direito especial, com princípios e regras próprios e, por isso, distintos do direito civil, isto é, do direito geral do cidadão, do direito privado comum.

A polêmica, no direito brasileiro, sobre o objeto do direito comercial, antes da reforma de base implementada pelo Código Civil de 2002, era mais aguda do que a existente em países nos quais nossa legislação informou-se, porquanto ainda estava vinculada à discussão do conceito de mercancia e atos de comércio, infensas a uma interpretação sistemática que permitisse contemplar ou acompanhar as mudanças extraordinárias que se verificaram nas relações econômicas dos últimos tempos.

De fato, apesar de o legislador nacional ter sido sensível à adaptação de diversos institutos de direito comercial às novas realidades (v.g., a Lei de Sociedades por Ações e o Código de Defesa do Consumidor, considerados como dos mais avançados), demorou demais para modernizar as disposições estruturais concebidas e consagradas no Código de 1850, delimitadoras de sua essência.

Sob tal perspectiva, nosso direito comercial estava preso a conceitos arcaicos, que dificultavam sua expansão, só removidos com a adoção do regime jurídico implantado pelo Livro II, da Parte Especial do Código Civil, que regulou o direito de empresa.

Contudo, esse livro não regula todo o direito de empresa, vale dizer, tudo aquilo que a doutrina reputava como matéria sob domínio do direito comercial, como também nele não é regulada, apenas, a matéria que no direito de empresa a doutrina considera compreendida. São tratados nessa parte do Código Civil o empresário e as condições que deve atender para o exercício de sua atividade profissional, a empresa individual de responsabilidade limitada, as sociedades em geral, o estabelecimento empresarial e os institutos complementares (registro, nome empresarial, prepostos e escrituração). No corpo do Código, entretanto, há ainda disposições sobre matéria que diz

respeito à atividade empresarial, como, v.g., o contrato de agência, e sobre matéria que, antes de sua vigência, grande parte da doutrina reputava inerente ao direito comercial, como a relativa aos títulos de crédito. Ademais, inúmeras regras de cunho nitidamente empresarial, constantes de leis esparsas foram mantidas, tanto que o próprio Código Civil enunciou, em seu art. 2.037, que, não havendo disposição em contrário, “aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis”.

Em razão dessas considerações, é necessário tentar o reagrupamento de todas essas normas, inclusive as esparsas e fragmentárias próprias do direito comercial, para harmonizá-las na análise que se irá fazer do direito de empresa, visando à composição de um sistema lógico e coerente, capaz de fornecer critérios adequados para sua identificação como um ramo autônomo do direito com âmbito próprio (o que é e o que não é por ele abrangido), e de justificar, ainda nos dias de hoje, a dicotomia do direito privado.

Para tanto, é preciso não esquecer que “determinar quais são as normas de direito comercial e como se exteriorizam (problema de fontes ou de manifestação do direito comercial) e quais são as suas características em comparação com o direito civil, é uma operação de técnica jurídica formal, que só vale como ponto de partida para uma outra investigação. Essa outra investigação dirige-se à essência do direito comercial, que se descobrirá pela análise das peculiares exigências vitais que reclamam um direito especial. Só uma diversidade de exigências vitais pode justificar uma diversidade de ordenamentos jurídicos. A que peculiaridades, necessidades, adaptam-se melhor as leis comerciais do que as civis? Na solução desse problema está implícita a do problema finalista ou de justificação do direito comercial (porque existe um direito comercial separado do direito civil)” (JOAQUIM GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, t. I, p. 6 e 28).

## II. Método de estudo

Para a empreitada de sistematização das disposições que são próprias do direito comer-

cial ou de empresa, é preciso fazer um corte na exposição, com o propósito de justificar o método de estudo a desenvolver para sua adequada compreensão. Esse tema, que é pouco versado entre os doutrinadores nacionais, tem de levar em consideração o fato de esse ramo do direito ter surgido em razão de fatores econômicos, políticos e sociais verificados em época que propiciou sua perfeita separação do direito civil ou comum, que o particularizam como uma *categoria histórica* – o que, aliás, é enfatizado pela mais autorizada doutrina.

---

A respeito, TULLIO ASCARELLI (*Panorama do direito comercial*, p. 13-52) e JOAQUIM GARRIGUES (*Curso de derecho mercantil*, t. I, p. 28). Sobre a polêmica travada entre ASCARELLI e FERRI quanto a ser o direito comercial uma categoria histórica ou ontológica, ver OSCAR BARRETO FILHO (*Teoria do estabelecimento comercial*, n. 2 a 5, p. 9-14) que, aliás, sustenta a possibilidade de harmonizar as duas correntes.

---

Mas só isso não basta; é preciso também não perder de vista o ingrediente *dinâmico*, qual seja, como antes anotado, o de estar seu âmbito em constante alteração.

Aceitas essas assertivas e tendo em conta que a determinação do seu conteúdo é uma operação lógica que se nutre da realidade para a qual se destina, não há como chegar à adequada compreensão da matéria por ele compreendida senão pelo método *histórico-indutivo*, que é desenvolvido (i) pela *investigação histórica* destinada a conhecer as linhas gerais e as causas de sua evolução, assim como o que foi o direito comercial em cada momento histórico, e (ii) pela *atenta observação da realidade*, para permitir o conhecimento, não só do último estágio da sua evolução e suas causas, mas também dos critérios de que nos devemos servir para qualificar conceitualmente essa realidade (JOAQUIM GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, t. I, p. 15-16).

---

A opção pelo método historicista e as razões que a justificam no estudo do direito comercial podem ser encontradas em TULLIO ASCARELLI (*Curso di diritto commerciale, Introduzione*, p. 80 e ss.). O duplo método, a que se refere o texto é desenvolvido e utilizado por MANOEL BROSETTA PONT (*La empresa, la unificación del derecho*

*de las obligaciones y el derecho mercantil*, p. 7-28), por GIRÓN TENA (*El concepto del derecho mercantil*) e, entre nós, por WALDÍRIO BULGARELLI (*A teoria jurídica da empresa*, p. 25 e ss.). A necessidade de ser analisada a realidade para a qual a norma jurídica é destinada encontra respaldo em vários autores, dentre os quais EROS ROBERTO GRAU, para quem “a análise do direito existente em determinada sociedade só pode ser adequada e proficientemente empreendida na medida em que tenhamos sob consideração as características próprias dessa mesma sociedade – e, nela, a combinação das estruturas regionais, no seu peculiar modo de articulação, dentro da estrutura social global” (*A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*, n. 5, p. 26-27).

Essa orientação metodológica, que é aqui preconizada, ajusta-se à concepção normativo-realista do direito (da lógica material, por contraposição à lógica formal), defendida por ENGISCH, LARENZ, VIEHWEG, PERELMAN e outros – isto é, à corrente do pensamento jurídico que, repugnando a Escola Livre do direito (decisionismo-voluntarista), também não adere ao normativismo-formalista pregado por Kelsen, que inibe a análise, pelo intérprete, da evolução das regras jurídicas a partir das mudanças por que passam os fatos que elas visam regular (do autor, *Apontamentos de direito comercial*, p. 33-38).

Todos os que percebem a insegurança e a incerteza que decorrem do decisionismo-voluntarista, normalmente veem-se inclinados a seguir o pensamento normativo-formalista de Kelsen. No entanto, tal orientação (que se pode justificar como forma de proteção do indivíduo contra o Estado ou contra o autoritarismo do Poder Estatal), revela-se – principalmente nas relações jurídico-privadas –, absolutamente insatisfatória: nega a possibilidade de qualquer atividade criadora ou construtiva do intérprete e admite, desde que formalmente exatas, várias interpretações logicamente possíveis de uma norma, a despeito de daí resultarem soluções antagônicas para um mesmo caso concreto. (Veja-se, como exemplo, o enunciado da antiga Súmula 400 da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.)

O apego ao plano exclusivo das normas (teoria pura do direito), sem assento na reali-

dade que elas visam regular, cria distorções que não podem ser toleradas, pois abstrai o aspecto *funcional do direito* (para que serve e a que se destina). Se o ordenamento jurídico é um sistema cultural de orientação do comportamento do indivíduo no seio da coletividade, torna-se evidente que cada norma jurídica tem toda a sua verdade no contexto desse *mundo* em que se integra, perdendo sua qualidade jurídica e desnaturando-se quando abstraída dele, como simples receita ou proposição teórica.

Na medida em que se tenha em conta que o direito tem por função regular a vida em sociedade, é impossível dele abstrair os fatos do dia a dia que hão de estar necessariamente supostos nessa regulação.

A abstração, que decorre da aplicação do transcendentalismo kantiano no desenvolvimento da teoria pura do direito, busca um *eu puro*, um *eu ideal*, absolutamente inexistente. A modelação dos indivíduos em sociedade só pode levar em conta um *eu real*, um *sujeito situado e pensante*, envolto nas realidades que o rodeiam, pois se o direito a isso se propõe, precisa estabelecer uma orientação para a ação do indivíduo no domínio da realidade por ele vivida. Se não considerá-la, a norma perde toda sua verdade e eficácia.

Assim, a norma jurídica forma-se em face de uma realidade dada e enquanto iniciativa do homem, voltada para ela. E, como tal (como iniciativa), é-lhe inerente o momento expressivo que pretende traduzir. O legislador cria a norma diante de situações que se lhe apresentam. Ao criá-la, manifesta sua vontade. Como ato de vontade, portanto, a norma nasce impregnada de elementos afetivo-volitivos que não podem ser desconsiderados (ou dela desagregados para que seja tomada isoladamente).

A lei não tem vontade própria, mas uma vontade humana quando da sua criação: a vontade do legislador histórico, isto é, a vontade de quem a editou, expressada no contexto da época e das circunstâncias em que foi editada. Por isso, dentre as várias interpretações possíveis, deve ser procurada sempre uma só: aquela que mais se coaduna com o meio em que há de ser aplicada.

O momento expressivo dessa vontade é, pois, importante para compreender a norma jurídica; se desprezado, ficaria apagado seu re-

ferencial, sua gênese histórica e, portanto, sua justificação, sua razão de ser ou de ter sido.

É preciso, então, analisar a norma à época em que foi concebida, transpondo-a para o momento em que há de ser aplicada (para o momento de sua aplicação), pois não lhe é dado ignorar a evolução da vida; enquanto a norma se mantém, seu comando vincula-se às mutações ditadas pelo desenvolvimento cultural, político, social e econômico.

Se mudaram os fatores da época em que a norma foi editada, é evidente, também, que o sentido dessa norma mudou. Por isso, não de influir na sua compreensão e interpretação. Só assim pode ser preservado o princípio da unidade ou coerência do sistema jurídico. Do contrário, a norma passaria a ter um sentido não querido pelo legislador nem pelos destinatários (KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 421-424).

Como disse BATISTA MACHADO na apresentação do livro de KARL ENGISCH, (*Introdução ao pensamento jurídico*, p. XLIX), a inércia do legislador não pode cristalizar a história, isto é, paralisar a evolução por que passa a vida social, emperrando novas técnicas surgidas à margem da lei, decorrentes de novas situações no relacionamento entre sujeitos. Trata-se, assim, de continuar o juízo deliberativo do legislador histórico e só tomando em conta fatores conjunturais de natureza imprevisível (porque contingentes), será possível levar a cabo a modelação da vida a que a norma de direito se propõe.

Na concepção de LARENZ, a lei, na verdade, vale para todas as épocas, mas em cada época da maneira como esta a compreende e a desimplica, segundo sua própria consciência jurídica (*Metodologia da ciência do direito*, p. 433 e ss.). Se o direito ficasse fechado ao fático, seria submergido pela evolução da vida e nela ficaria alienado, perdendo a sua posição de comando, sua iniciativa normatizadora.

É, precisamente, com essa visão funcional (NORBERTO BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto. Verso una teoria funzionalistica del diritto*) que aqui se defende o critério de atualização do direito comercial, por meio do qual fica o intérprete autorizado a verificar, permanentemente, se as normas nele

contidas continuam preenchendo sua função e, quando não, de que modo devem ser compreendidas para que a preencham.

Se o sistema não muda, exige, para evitar o anacronismo, que a interpretação das normas que o integram seja e esteja ajustada à realidade a que devem ser aplicadas.

Por meio desta orientação, penso ser factível oferecer uma visão atual do que hoje tem sido denominado de direito de empresa e demonstrar que ele sempre gravitou em torno da figura do *comerciante* (desde o antigo *mercador* até o moderno *empresário* ou *agente econômico*), aí residindo sua essência ou o ponto de partida para sua sistematização.

### III. Formação histórica

A importância do estudo da parte histórica do direito comercial, já salientada, radica em se pretender buscar, no evoluir da história (com a determinação dos fatores econômicos, políticos e sociais que se apresentaram como causa do seu surgimento e dos que hoje justificam sua permanência como ramo autônomo do direito privado), dados para auxiliar sua compreensão e para delimitar seu âmbito de abrangência.

A história do direito comercial como ramo autônomo do direito privado – isto é, como conjunto ordenado e científico de normas que regulam uma determinada matéria consoante princípios próprios, de caráter geral –, tem suas origens na Idade Média.

Não se pode dizer que o direito comercial tenha nascido antes. Na Idade Antiga e mesmo na época do apogeu de Roma, não é possível identificá-lo como tal. Nesse período, o comércio já existia entre diferentes povos, porém as regras sob que repousava – como se verá – eram isoladas e esparsas. Por nos ter legado alguns poucos institutos, esse período costuma ser identificado como o da Pré-História do direito comercial (JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, n. 16, p. 17).

Os comercialistas clássicos costumavam estudar a história do direito comercial dividindo-a em três fases: Antiguidade, Subjetiva e Objetiva (por todos, HERNANI ESTRELLA, *Curso de direito comercial*, n. 12, p. 25.). Na primeira, contudo, apenas procuravam buscar a origem de alguns

institutos que, mais tarde, foram considerados típicos de direito comercial, reguladores de certas relações específicas, muitos dos quais chegaram até nós por sua inserção no *Corpus Juris Civilis*.

A doutrina de nossos dias acrescentou a essas fases uma última, dita Subjetiva Moderna, que corresponderia ao atual estágio de evolução do direito comercial (RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, n. 7, p. 14-15).

---

Há quem divida a formação histórica do direito comercial em outras quatro etapas: a primeira, do corporativismo, compreendendo os séculos XII a XVI; a segunda, correspondendo à época da formação dos modernos Estados nacionais, a partir do final do século XVI, em que o direito comercial passou a emanar do próprio Estado; a terceira, inaugurada pela Revolução Francesa, no final do século XVIII, que foi marcada pelo individualismo na economia; e a última, a partir da 1.ª Guerra Mundial, identificada com a implantação do intervencionismo estatal. A respeito, OSCAR BARRETO FILHO, A dignidade do direito comercial, *RDM*, v. 11, p. 11-21.

---

#### IV. Período anterior ao direito romano

Redigido por volta do ano 1694 a.C., o *Código de Hamurabi* constitui um dos mais remotos e extensos textos jurídicos de que se tem notícia, com 282 artigos, que teriam compilado preceitos mais antigos, sobretudo normas costumeiras do Império Babilônico. Embora nele predominem disposições sobre agricultura, pecuária e regras sobre funcionários, médicos e mestres-de-obras, são também ali encontradas normas jurídicas peculiares ao comércio, principalmente marítimo, contemplando o contrato de depósito, de transporte, de empréstimo, de mediação, uma forma primitiva de contrato de comissão e outras regulando a navegação e a responsabilidade do dono da embarcação.

---

Até pouco tempo era considerado o mais antigo. No entanto, pesquisas desenvolvidas pela *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions* demonstraram que o mais antigo "código" atualmente conhecido é o de *Ur-Nammu*, fundador da 3.ª Dinastia de *Ur* (cerca de 2040 a.C.). "Possuem-se vestígios de textos mais

antigos, como o "código" de *Urakagina de Lagas*, dos meados do 3.º milênio, ou o de *Sulgi*, em *Ur*. (...) Depois do desmembramento do reino de *Ur*, vários principados fizeram esforços no sentido da redação de recolhas jurídicas, nomeadamente os de *Esnunna* (perto do Tigre, na Acádia) e de *Isin* (perto do Eufrates, na Suméria). O Código de *Esnunna*, escrito cerca de 1930 a.C. (atribuído erradamente ao rei de Bilalama), contém cerca de sessenta artigos. Do Código de *Lipt-Istar*, rei de *Isin*, escrito cerca de 1880 a.C., encontrou-se o prólogo, o epílogo e 37 artigos; era destinado a estabelecer o direito nas regiões da Suméria e da Acádia" (John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 61).

O *Código de Hamurabi*, como os demais "códigos" aqui referidos não tinham o sentido próprio dessa expressão, pois eram apanhados de textos jurídicos agrupados de maneira assistemática, com referenciais "de julgamentos de direito, ensinamentos indicando o caminho aos juízes. Cada frase, geralmente breve, diz respeito a um caso concreto e dá a solução jurídica" (John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p. 60-61).

Os séculos XV e XIV antes de Cristo marcaram o apogeu de Creta, cujo povo mantinha relações comerciais profícuas com outros povos, principalmente com os egípcios. Também se destacaram, nessa época, os fenícios, que desenvolveram intensa atividade comercial, principalmente através da navegação nas costas do Mediterrâneo, fundando diversas colônias, dentre elas a famosa Cartago.

Datam daí, segundo os historiadores, as origens de um remotíssimo direito consuetudinário marítimo, de caráter internacional, que nos legou, através da codificação de Justiniano, a *Lex Rhodia de Jactu* (oriunda da prática mercantil da Ilha de Rodas). Esse instituto consagrou o alijamento de mercadorias, que consistia no lançamento de parte do carregamento do navio ao mar, sempre que houvesse perigo para a viagem, sendo o prejuízo, nesse caso, repartido proporcionalmente entre todos os proprietários das mercadorias embarcadas. O Código Comercial brasileiro regula o alijamento, sob o nome de avaria grossa, no seu art. 764, II.

Dos gregos, sob as leis de Solon que consagraram um regime de liberdade e de incentivo

ao comércio, recebemos o *Nauticum Foenus*, também acolhido pelo Código de Justiniano, que constitui o empréstimo marítimo a risco, regulado no nosso Código Comercial pelos seus arts. 633 a 665 sob a denominação de contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo. Estaria aí a origem do contrato de seguro marítimo e do próprio contrato de seguro. Tratava-se de um empréstimo em dinheiro pelo qual o detentor do capital assumia o risco de, mediante elevadas taxas de juro, só ser dele reembolsado se o navio retornasse a salvo.

## V. Direito romano

O direito romano abrange mais de mil e trezentos anos: o período Pré-Clássico (até o ano 200 a.C.), o Clássico (desse ano até o século II de nossa era) e o Pós-Clássico (que termina com a morte de Justiniano em 566), embora prosseguindo com o Império Bizantino até o século XV.

---

A divisão mais conhecida é a que o separa consoante os regimes políticos: a Realeza (até 509 a.C.), a República (509-27) e o Império, sendo esse também dividido em Alto Império (até Diocleciano, em 284 d.C.) e Baixo Império (até a morte de Justiniano em 566). Adota-se, aqui, a divisão correspondente à periodização da evolução do direito feita por JOHN GILISSEN (*Introdução histórica ao direito*, p. 81).

---

Muitas são as dificuldades para se determinar a época em que surgiram os institutos romanos por terem sido apagados os registros anteriores ao *Corpus Juris Civilis* que, com a descoberta das Institutas de Gaio, revelou-se compilador de textos antes já existentes. Por isso, é com base naquele Código que costumam ser referidas as regras que nos foram legadas, sem, contudo, poder-se precisar no tempo as respectivas origens e as razões que as justificaram.

Os romanos, apesar da evolução de seu direito, não conheceram um direito especial ao comércio, vale dizer, um complexo ordenado de normas distinto do direito civil. Jamais os juristas romanos trataram de sistematizar as normas aplicáveis ao comércio e separá-las do direito civil.

Durante vários séculos o direito romano conviveu com a distinção entre *ius civile*, que era o direito próprio e exclusivo dos cidadãos

romanos (*cives*) e apenas por eles invocável, e *ius gentium*, que era o direito das gentes, ou seja, aquele que regulava as relações dos estrangeiros entre si e dos estrangeiros com os romanos. Contrapunha-se, portanto, ao *ius civile*, direito nacional, essencialmente formal e pessoal, originário da elaboração dos juristas, o *ius gentium*, de caráter universalista, de base costumeira e informal, aplicável indistintamente aos estrangeiros e aos cidadãos romanos. O *ius gentium* estruturava-se, também, sob princípios próprios, distintos daqueles que informavam o *ius civile*, dando especial tutela à boa-fé, à aparência e à vontade das partes.

A economia romana sempre se concentrou predominantemente na agricultura e na exploração da terra, conquanto presente, em todas as suas fases, um intercâmbio comercial de intensidade variável com os povos estrangeiros. O século III a.C. marca uma fase em que Roma erigiu-se no maior centro econômico da época, para onde afluíam os mais diferentes povos. Proliferaram nessa fase as relações de troca e o tráfico mercantil. Para apreciar as questões que passaram a surgir em decorrência desse tráfico, foram instituídos os *pretores peregrinos*, com a função de aplicar o *ius gentium* para a composição dos conflitos entre os estrangeiros entre si e desses com os cidadãos romanos. Esses Pretores não aplicavam o *ius civile*, que permanecia como direito exclusivo dos cidadãos romanos (*ius proprium civilium romanorum*), ficando sua aplicação a cargo dos *pretores urbanos*.

É de se salientar que o *ius gentium*, muito embora predominantemente aplicável ao comércio realizado com povos estrangeiros, não se identificava com o direito comercial. Tratava-se de um corpo de regras que visavam regular as relações, comerciais ou não, envolvendo os povos estrangeiros. As normas do *ius gentium* que eram aplicadas, em princípio, unicamente pelos pretores peregrinos, passaram a ser aceitas pelos pretores urbanos e se estenderam, ao longo do tempo, aos próprios cidadãos romanos. Essa absorção de normas originárias do *ius gentium* pelo *ius civile* teria representado um grande progresso para o direito romano porque, ao lado dos antigos negócios solenes, foi possível dispor de convenções celebradas livremente entre as partes, possibilitando efeitos jurídicos mais adequados à sua intenção.

Com o Imperador Caracala desaparece a distinção entre o *ius civile* e o *ius gentium*, porque a todos os súditos do Império foi estendido o *status* de cidadão romano. Embora tendo desaparecido essa separação, permaneceu no sistema do direito romano a distinção entre o *ius honorarium* e o *ius civile* propriamente dito. O primeiro identificava-se como um direito pretoriano, fruto da produção dos magistrados romanos, visando suprir e emendar o *ius civile*. Apenas mais tarde operou-se a absorção definitiva das normas do *ius honorarium* no *ius civile*.

---

Verifica-se já nessa época, portanto, o fenômeno da generalização das normas de caráter comercial a todos os indivíduos, bem como sua recepção pelo direito comum que assim se ia atualizando.

---

Sem desprezar outros destacados argumentos pelos quais os romanos não teriam conhecido o direito comercial como ramo autônomo do direito privado, distinto do direito civil, parece que o principal deles está na obra de ALFREDO ROCCO (*Princípios de direito comercial*, n. 2, p. 6-7), para quem um direito especial ao comércio tornou-se supérfluo em Roma porque o sistema jurídico existente era perfeitamente apto a satisfazer as exigências de que o comércio necessitava. O próprio *ius civile* assegurava a liberdade e a segurança necessárias, além de a aplicação do direito pelos pretores ter atendido com eficiência as exigências que o tráfico mercantil apresentava à época.

Realmente, a existência de dois sistemas jurídicos diversos no âmbito do direito privado, de um lado o sistema do direito tradicional, assentado nas peculiaridades próprias de um povo (*o ius civile*), e de outro, um sistema mais flexível, sensível às novas exigências e dotado de princípios próprios, de caráter informal (*o ius gentium* e, mais tarde, *o ius honorarium*), contribuiu para que Roma prescindisse da elaboração de um direito especial para o comércio.

---

São muitas as justificativas que a doutrina apresenta para o desconhecimento, pelos romanos do direito comercial como ramo autônomo do direito privado, distinto do direito civil. Para GOLDSCHMIDT a razão estaria na tendência dos romanos para a abstração e generalização dos institutos jurídicos, o que teria levado os

jurisconsultos a unificar as normas relativas às pessoas (comerciantes ou não), aos atos e aos bens. THALLER sustentou que a explicação estaria na ausência, em Roma, de corporações mercantis que somente teriam aparecido nos últimos tempos do Império. HUVELIN, criticando todas essas justificativas, afirma que foi a unificação do mundo, resultante do desenvolvimento político e das conquistas romanas, a causa impeditiva de Roma conhecer um direito especial para o comércio, pois um direito comercial específico só pode existir quando se desenvolve com caráter internacional (JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, p. 21, notas 14 e 15). Apontam-se, ainda, outros motivos, como a organização familiar romana, a extensão do *pater familiae*, a organização social estruturada precipuamente sobre a exploração da terra como decisivas para Roma prescindir de um direito especializado no comércio. O comércio, porque degradante, era franqueado aos escravos e, no seio das famílias, não se dava relevância às relações daí decorrentes.

Conheceram os romanos, porém, como os outros povos da Antiguidade, normas comerciais isoladas e fomentaram o desenvolvimento de diversos institutos. Dentre esses, podem ser destacados os que vieram a informar a falência (*actio per manus injectionem, bonorum venditio, missio in possessionem*) e, dentre outros, a ação pauliana para atos em fraude contra credores, as ações institutória e exercitória (sobre a responsabilidade, respectivamente, do dono do barco e do estabelecimento), que constituíram o ponto de partida para a solução das questões de representação, as ações de exibição, normas sobre atividade bancária, algumas espécies contratuais e os “colégios romanos” (embriões de associações de classe que, mais tarde, iriam inspirar a formação das corporações dos mercadores na Idade Média).

---

Esse mesmo fenômeno – da existência de um direito tradicional do povo (*ius civile*) e outro informal e flexível (*ius gentium*) – verificou-se no direito inglês, onde *common law* e *equity* apresentavam-se como dois sistemas diversos, com estruturas diferentes, sendo o primeiro rígido e o segundo elástico para propiciar a extensão do direito a situações não previstas pelo outro.

No direito inglês, à semelhança do direito romano, por muito tempo conviveram esses dois

sistemas. Como observou ASCARELLI, “analogamente, no direito inglês, *common law* e *equity* apresentam-se, de início, distintas e contrapostas, assente a primeira na obra unificadora dos juízes, a segunda nos poderes extraordinários da *Chancery*. Por isso também acontecia regularem concorrentemente idêntica matéria, chegando-se a distinguir, então, uma propriedade reconhecida em *common law* e uma propriedade reconhecida em *equity*, com nítida contraposição de normas jurídicas substanciais e, ainda, de jurisdição. Mas também aqui se foi progressivamente processando uma fusão, sancionada legislativamente na Inglaterra com o *Judicature Act* de 1873 que estabeleceu a prevalência das regras da *equity*. Os dois sistemas acabaram assim por se fundirem, embora, ainda hoje em dia, a originária distinção entre ambos continue viva na tradição doutrinária e jurisprudencial” (*Panorama do direito comercial*, p. 14). Sobre o tema, ver também OSCAR BARRETO FILHO (A dignidade do direito comercial. *RDM*, v. 11, p. 13).

## VI. Queda do Império Romano do Ocidente

Com a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), desorganiza-se, por completo, o mundo europeu, conquistado que foi pelos povos bárbaros. Segue-se uma fase de declínio do comércio no Ocidente, cujo centro econômico, então, desloca-se para o Oriente, onde se desenvolve o direito bizantino, calcado na obra de Justiniano e com forte influência do costume local.

---

Antes mesmo da queda do Império, o direito romano foi perdendo aqueles caracteres que permitiam o desenvolvimento comercial. O célebre edito de Diocleciano, que instituiu um regime de fixação de preços, seguido de normas que concediam dilações aos devedores, criou situação de desleixo no cumprimento das obrigações, prejudicial ao crédito. Desaparecendo, assim, aquelas garantias de liberdade e segurança, propícias ao tráfico mercantil, o comércio lá existente já iniciara a procura de outras praças.

---

Assim deslocado, o comércio assume papel preponderante com os árabes, que estabelecem a rota da seda, da China ao Mediterrâneo. Dessa época derivam diversos termos que passaram para o nosso idioma, então utilizados pelos

árabes em sua atividade comercial, tais como: freguês, armazém, caravana, bazar, magazine e alfândega.

Com as invasões bárbaras e o fracionamento do poder político centralizador, o direito romano cede lugar ao direito dos povos dominadores, embora esses tenham, mais tarde, recepcionado fórmulas e enunciados de antigos juristas romanos.

---

O ressurgimento do direito romano só ocorreu após o trabalho da Escola dos Glosadores. “O direito romano, ensinado nas universidades, era encarado como um direito erudito, por oposição ao direito efetivamente aplicado nas diversas regiões da Europa Ocidental. Não deixou, todavia, de se impor cada vez mais até, finalmente, ser reconhecido quase por toda a parte como direito supletivo das leis e costumes territoriais e locais. A uma fase de infiltração que, muitas vezes, durou três a quatro séculos, do século XII ao XV, sucedeu-se em vários países o reconhecimento legal do *ius commune* – o direito romano tal como era ensinado nas universidades – como direito supletivo das leis e costumes; servia para preencher as lacunas do direito em vigor. Deu-se, geralmente, o nome de recepção do direito romano a esse fenômeno de adoção de um direito estrangeiro; talvez sem razão, porque quase em nenhum lugar o *ius commune* suplantou o direito nacional ou local. Aliás, os diversos países reagiram diferentemente, face à penetração do direito romano” (JOHN GILSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 350-351). (Sobre o tema, voltado para demonstrar que o fenômeno da recepção foi mais intenso na Alemanha, CLAUDE WITZ, *Le droit allemand*, p. 8-9.)

---

## VII. Feudalismo e burguesia

A desintegração do Império Romano do Ocidente e o posterior desmoronamento do Império Carolíngio redundaram na fragmentação do poder político e no fortalecimento do poder local no continente europeu com enormes perturbações sociais. Esse clima de insegurança levou à estruturação do sistema feudal onde os mais humildes procuraram proteção debaixo das hostes de seus senhores.

Desenvolveu-se, então, uma economia essencialmente agrícola. Os que exploravam a terra não estavam a ela ligados pelo direito de

propriedade, mas por uma relação institucional que os unia ao senhor feudal. E a exploração da terra realizava-se, preponderantemente, para a satisfação das necessidades vitais e não para fins especulativos.

Posteriormente, surgiu a cidade medieval para onde migraram muitos agricultores em virtude dos abusos que lhes eram perpetrados pelos senhores feudais. Nela desenvolveu-se o comércio, de forma variada, conforme a situação geográfica em que se localizava, inaugurando uma atividade industrial rudimentar e artesanal.

Formou-se, assim, a *classe burguesa*, que deu nascimento a uma nova atividade econômica e a um novo espírito empreendedor, em contraposição à *classe feudal*, que permaneceu ligada à terra e à sua exploração e que foi cedendo espaço àquela até desaparecer.

Por obra da burguesia, a cidade converteu-se em um centro de consumo, de troca e de produção, onde predominava o trabalho livre dos mercadores e dos artesãos, os quais, mais tarde, associaram-se em grêmios ou corporações.

Para impulsionar e regular o comércio local e o intercâmbio entre cidades (internacional), nasceram, também, as feiras e os mercados (onde se reuniam os mercadores) que fizeram surgir outras necessidades, como a de transportar e trocar dinheiro de e para locais distantes, a de realizar pagamentos internacionais e a de dispor de representantes nos estabelecimentos ou que acompanhassem as mercadorias no seu deslocamento de uma praça para outra.

Daí a origem da letra de câmbio e da nota promissória: "A multiplicidade de pequenos Estados, cada um com sua moeda, a necessidade geral de enviar somas de dinheiro de um para outro lugar, através de estradas perigosas e inseguras, e, pois, as dificuldades e os riscos com que se efetuavam tais remessas, tudo isso explica o aparecimento, o êxito e a rápida difusão da letra de câmbio, que surgiu modestamente como simples instrumento de permuta e de transporte de dinheiro" (JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Titulos de crédito*, n. 33, p. 37). O instrumento do contrato de câmbio, lavrado por notário, ou seja, a *cautio*, que continha o reconhecimento da dívida proveniente da moeda recebida pelo banqueiro e da obrigação de pagar o equivalente em outra praça e na moeda local, deu origem à nota promissória. Da carta enviada pelo banqueiro, que

recebera o dinheiro do comerciante, ao outro banqueiro seu correspondente naquela praça, para que efetuasse o respectivo pagamento, isto é, a *lettera di pagamento di cambio*, originou-se a letra de câmbio.

Esse ambiente novo reclamava determinadas exigências de regulação que ao direito cumpria normatizar e resolver. Ocorre que o mundo jurídico de então era integrado pelo direito romano justinianeu, rígido e mal conhecido, por leis populares germânicas, rudimentares e formalistas, e por um direito canônico hostil à prática do comércio e a suas instituições.

Essa notória insuficiência do direito comum vigente nos primeiros séculos da Idade Média para satisfazer tais exigências, isto é, para regular a cada vez mais complexa atividade econômica que se realizava na cidade, dotada de um novo espírito e de novas instituições (grêmios, feiras e mercados) foi determinante para o nascimento de um ordenamento especial regulador do comércio.

## VIII. O papel das corporações na formação do direito comercial

As corporações de mercadores, então, sem que lhes fosse oferecida qualquer resistência pelo poder político da cidade-estado, chamaram para si, não só a moldagem desse novo direito oriundo dos usos do tráfico mercantil, como também sua aplicação.

Ditas corporações, ao serem constituídas, imitavam as cidades, tendo à sua frente um ou mais cônsules, eleitos pelos comerciantes nelas matriculados. Esses cônsules, dentre suas funções, eram incumbidos de dirimir os conflitos de interesses envolvendo os associados; assim, ao serem investidos no exercício de seus cargos, faziam o juramento de observar certas normas (provindas de costumes mercantis, de práticas adotadas pelos comerciantes em suas relações comerciais) que, posteriormente, compiladas juntamente com decisões da assembleia e do conselho dos comerciantes, formaram os estatutos dessas entidades.

Registre-se que o fortalecimento das corporações encontra-se intimamente ligado ao

enfraquecimento do poder central soberano. Pode-se mesmo afirmar que as cidades medievais adquiriram autonomia em razão da extensão do poder das corporações, que passaram a ocupar o espaço antes reservado ao Estado. O regime municipal das cidades tomou feição comercial e as normas estatutárias das corporações acabavam geralmente incorporadas aos estatutos das cidades, que as acolhiam e assim faziam seu próprio o direito dos comerciantes.

Tem-se, precisamente aí, a origem do direito comercial: um direito de cunho subjetivo (dos comerciantes) e de feição *eminentemente classista*, porque criado e aplicado pelos comerciantes para resolver suas relações de negócio.

A essa justiça consular, que julgava com base em usos e costumes, sob inspiração da equidade e sem formalidades, foram atraídas questões envolvendo comerciantes e não comerciantes. Mais tarde, também a ela afluíram questões relativas ao comércio entre pessoas mesmo não matriculadas na respectiva corporação e negócios conexos aos comerciais.

A ampliação do campo do direito comercial era justificada na época pela ficção de ser comerciante. “As corporações de comerciantes ampliaram a autoridade e a jurisdição. De um lado, a tendência usurpadora dessas corporações de classe e do outro, especialmente, a confiança que no público conquistaram os cônsules pelo senso prático, sua equidade, seu processo sumário, eles entraram a julgar os pleitos de pessoas não comerciantes *causa et occasione mercaturae*. É relevante assinalar o caráter que então assumiu o direito comercial, em virtude da força expansiva que revelou. Aprecia MANARA, ‘esses dois elementos não se concebiam um absolutamente distinto do outro; consideravam-se sempre reunidos, mas o elemento subjetivo em muitos casos não era mais do que um pressuposto ideal. A fusão dos dois elementos, em começo completa em todos os atos de comércio, em muitos se torna mais teórica e ideal do que efetiva. De fato, era o elemento objetivo que imprimia a muitos atos caráter comercial, desde que, em última análise, sobre a qualidade do ato se fundava a ficção de ser o comerciante o autor” (J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, p. 56). No dizer de JOÃO EUNÁPIO BORGES, “essa ampliação da jurisdição

consular a pessoas não comerciantes operou-se por meio de uma ficção: considerava-se comerciante qualquer pessoa que agia em juízo em razão de um negócio mercantil” (*Curso de direito comercial terrestre*, p. 26).

## IX. O *ius mercatorum* e as primeiras compilações

Com o desenvolvimento comercial entre as diversas cidades soberanas na Baixa Idade Média, exigências de certeza e segurança nas relações comerciais impulsionaram o surgimento das primeiras compilações desse novo direito.

Os usos e costumes comerciais, as decisões dos cônsules e os estatutos das corporações foram sendo reunidos em repositórios, formando compilações de grande autoridade entre os povos da época. Dentre elas, destacaram-se, no comércio terrestre, as *Consuetudines*, de Gênova (1056), o *Constitutum Usus*, de Pisa (1161) e o *Liber Consuetudinum*, de Milão (1216), relativas ao comércio terrestre; no comércio marítimo, os *Rolles d’Oléron* (decisões do consulado ou tribunal da Ilha de Oléron, no Oceano Atlântico, do final do século XII), as Leis de Wisby (decisões tomadas na cidade de Wisby, Ilha de Gotland, no Mar Báltico, posteriores ao século XIV), o Livro do Consulado do Mar (elaborado possivelmente em Barcelona, compilando normas mercantis aplicadas no comércio do Mar Mediterrâneo e dos mares do Oriente, existentes desde o século IX até o século XIV) e o *Capitulare Nauticum*, de Veneza (1255).

À universalização do direito que dominou feiras, portos e mercados europeus correspondeu o *ius mercatorum* – expressão que identificava esse direito novo, de caráter intercorporativo, costumeiro e internacional, que ultrapassou as corporações, migrou para as cidades, singrou os mares e se tornou o direito comum de todos os comerciantes da Europa Continental. Era o *ius mercatorum*, portanto, o direito comercial dessa época; um direito de cunho internacional, que não conhecia fronteiras em sua observância e aplicação.

## X. Formação dos Estados modernos

Com a formação dos Estados modernos houve o fortalecimento da soberania dos mo-

marcas, marcadamente centralizadora. O direito, de modo geral, converteu-se em instrumento para favorecer e incentivar a unidade política. Mudou, assim, o processo de formação do direito, principalmente do direito comercial, cujas normas, em consequência da afirmação da própria soberania do Estado, passaram a ser por ele editadas. E então, daquele direito consuetudinário e internacional, criado, interpretado e aplicado pelos comerciantes, passou-se a um direito nacional e legislado por um poder superior, estranho às corporações.

O conteúdo desse direito, no entanto, não se alterou. Permaneceu, em essência, o mesmo que era praticado e aplicado em toda a Europa Continental, reproduzido, por ato estatal, das compilações e dos primeiros trabalhos que visaram sistematizar as normas costumeiras e internacionais do *ius mercatorum*.

---

No início da Idade Moderna começam a surgir os primeiros trabalhos procurando sistematizar o direito comercial. As primeiras tentativas vieram de autores italianos: BENEVENUTO STRACCA que, em 1553, elaborou o primeiro *Tratado de direito comercial*; SIGMONDO SCACCIA que, em 1618, produziu seu *Tratado sobre comércio e câmbio*; RAFAELE DE TURRI que, em 1641, editou outra obra sobre direito cambiário, seguindo-se os trabalhos de GIUSEPE DE MARIA DE CASARREGIS, GIOVANNI BATISTA DE LUCA, ANSALDO DE ANSALDI e FRANCESCO ROCCO, considerados os precursores do estudo científico do direito comercial. Sobre o assunto, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, p. 58-59; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, p. 29-30; DARCY ARRUDA MIRANDA JR., *Curso de direito comercial*, p. 16-17.

---

Assim, multiplicaram-se no século XVII os regulamentos, ordenações e leis no campo do direito comercial, as quais deram origem, posteriormente, às grandes codificações do século XIX.

Destacaram-se, nesse período, as Ordenações de Luiz XIV, editadas sob a inspiração de seu ministro Colbert. A primeira, *Ordonnance sur le Commerce de Terre*, de 1673, conhecida como *Code de Savary* (pela decisiva participação do comerciante JACQUES SAVARY na comissão de magistrados e comerciantes que a elaborou), regulando o comércio terrestre; a segunda, de-

nominada *Ordonnance sur le Commerce de Mer*, de 1681, cuidando do comércio marítimo, moldeada no Livro do Consulado do Mar.

---

Essas duas ordenações francesas inspiraram e formaram a base do Código Comercial francês promulgado em 1807. Anteriores a elas, mas com menor abrangência e repercussão, merecem registro o *Code Michaud*, de 1629, da França, e o *Navigation Act*, de 1651, da Inglaterra.

---

## XI. Revolução Francesa

O final da Idade Média foi marcado pela deflagração do movimento científico denominado "iluminismo" que visava dar uma explicação racional para todos os fatos e acontecimentos. Combatia com vigor o absolutismo no plano político, pregando o individualismo e a liberdade; no plano econômico, rebelava-se contra o mercantilismo, propugnando pelo liberalismo econômico.

A Idade Contemporânea tem seu início com a Revolução Francesa que, movida por essas ideias, consagrou a ascensão da burguesia à classe dominante. O lema "liberdade, igualdade e fraternidade" impunha a supressão dos privilégios classistas, a abolição das corporações, assim como de qualquer resquício de restrição à liberdade profissional. Em consequência, pela *Lei Chapelier*, de 1791, foram extintas as corporações com a proclamação da liberdade de trabalho e de comércio.

Seguiu-lhe o Código Comercial francês de 1807, considerado pela doutrina como o pai de todos os Códigos Comerciais modernos, que procedeu a uma ampla reforma na legislação comercial para eliminar sua feição de direito classista, assim instaurando o período dito *objetivo* do direito comercial, pela aspiração de imprimir à nossa disciplina uma conotação não mais concentrada na figura do *comerciante*, mas nos *atos* inerentes ao comércio.

Esse Código teria rompido a tradição histórica para transformar-se no Código de uma classe de atos, os atos de comércio, independentemente da qualidade do sujeito que os praticasse. A doutrina imediatamente posterior à sua promulgação transmitiu, então, a todos os cantos, a ideia de que o direito comercial

desprendera-se da pessoa do comerciante, erigindo-se, a partir de então, no direito disciplinador dos atos de comércio – *id est*, da matéria de comércio – o que ressonou na doutrina e na elaboração da legislação dos países que lhe seguiram o modelo.

Contudo, não foi exatamente isso o que ocorreu. O Código Comercial francês acabou revelando-se um instrumento consolidador das normas antigas, de caráter costumeiro, inspirado, essencialmente, nas Ordenações (*Ordonnances*) de Luis XIV. Nasceria ultrapassado por não ter acompanhado muitas das novas técnicas já então praticadas no comércio e, portanto, com uma abrangência incapaz de atender algumas exigências das operações comerciais daquela época.

De outra parte, referido Código, no seu Livro I, destinado a tratar do comércio em geral, manteve a figura do comerciante, dispondo sobre sua capacidade, suas prerrogativas (direitos) e obrigações. Os atos de comércio só vieram enunciados no Livro IV, referente à jurisdição comercial, para delimitação da competência dos Tribunais do Comércio, à semelhança do que ocorrera com a divisão do *Código de Savary*, que havia disposto sobre a categoria dos fatos de comércio, sem procurar, com isso, imprimir base objetiva ao direito comercial.

## XII. Direito dos atos de comércio

Sob a rubrica dos atos de comércio pretendeu-se abranger as mais diferentes espécies de atos e atividades, de sorte a enquadrar todo o âmbito do direito comercial nessa categoria. Na falta de melhor critério, foram descritos e arrolados, pelos arts. 632 e 633 do Código Comercial francês, aqueles atos que a prática mercantil antiga consagrara como inerentes ao comércio.

A enumeração, contudo, não possuía qualquer critério científico capaz de proporcionar a formulação de um conceito unitário de ato de comércio. A permanente criatividade dos comerciantes logo comprovou a insuficiência da lista com o descobrimento de novas formas de contratar, novas técnicas e práticas que não estavam ou, porque posteriores, nem poderiam nela estar previstas. Daí ter a doutrina entendido que a enumeração dos atos de comércio seria meramente *exemplificativa*, permitindo, assim,

que outros atos inerentes a novas formas de atuar no comércio pudessem ser a eles equiparados.

Dentre as diversas tentativas da doutrina em determinar a essência do ato de comércio, pode ser destacada a teoria de ALFREDO ROCCO que elaborou um conceito relativo de atos de comércio, calcado no direito positivo italiano, para propiciar sua aplicação analógica a novas figuras surgidas da prática mercantil. Para ele, os atos arrolados pela lei podiam ser reunidos em duas categorias: *atos intrinsecamente comerciais*, que atribuíam a quem os praticava a qualidade de comerciantes; e *atos comerciais por conexão ou acessórios*, porque vinculados ao exercício da atividade mercantil, sem atribuírem, no entanto, aquela qualidade a quem os praticasse. Os primeiros seriam atos de *interposição na troca* (troca de mercadorias, no caso da compra e venda; troca de dinheiro contra dinheiro a crédito, em se tratando de operações bancárias; troca do trabalho pelo seu resultado, na atividade das indústrias; e troca do risco individual por parcela do risco coletivo, nos contratos de seguro); os outros encontravam-se na lista com a função de *facilitar a troca*. Daí seu conceito de ato de comércio, tido como um dos mais prestigiados pela doutrina: “ato de comércio é aquele que realiza ou facilita a interposição na troca” (*Princípios de direito comercial*, ns. 41-52, p. 161-227).

Outros autores, visando o mesmo propósito, procuraram buscar a essência do ato de comércio na mediação ou no intuito de lucro, mas, mesmo assim, não passaram ao largo de acerbas críticas. (Sobre o assunto, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 1, n. 22, p. 38-39; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, n. 100, p. 97-98.)

O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta – uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao direito comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito de seu elemento fundamental, o ato de comércio. Pretendeu-se submeter à mesma disciplina manifestações econômicas de natureza diversa, inserindo-se na lista tanto os atos ocasionais, isolados, como os realizados no desenrolar normal de uma atividade profissional.

Além disso, como mais tarde se observou, o sistema objetivo enceta uma apreciação errônea do já mencionado dinamismo de nossa disciplina – ou seja, uma falta de visão dos fenômenos de ampliação, generalização e redução do âmbito do direito comercial, cujas normas, inicialmente costumeiras, só posteriormente obtêm consagração legislativa para, em uma terceira etapa, perderem seu perfil especial e passarem a ter aplicação geral. Tanto isso é exato que, parte do conteúdo de nossa disciplina, já ao tempo em que os Códigos Comerciais ditos objetivos foram promulgados, havia deixado de lhe pertencer, isto é, deixado de ser um direito especial por se ter convertido em direito comum (como é o caso da teoria geral das obrigações, dos atos e contratos celebrados em caráter eventual etc.).

---

Seriam duas as razões, portanto, assim resumidas por BROSETA PONT: “A primeira – como demonstraram GARRIGUES e POLO –, porque, do ponto de vista conceitual, é impossível reduzir à unidade os atos ocasionais realizados por não comerciantes esporadicamente e aqueles que pressupõem uma atividade profissional. Em segundo lugar, porque – em nossa opinião – os legisladores que instauraram o sistema objetivo não souberam compreender a inexistência e a inutilidade de continuar afirmando a especialidade daqueles princípios e instituições que, por obra da evolução econômica, haviam-se convertido em gerais, isto é, em comuns e, portanto, em civis. O sistema objetivo, se bem que tenha respondido em suas origens a uma exigência da realidade – submeter ao direito comercial atos e instituições que sempre foram tidos como mercantis –, encerrou, posteriormente, uma errônea apreciação do fenômeno de generalização do direito comercial, porque parte desse direito deixara de ser especial para converter-se em geral ou comum” (*La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*, p. 67).

---

De outra parte, outros atos expressamente excluídos do seu âmbito, como era o caso das negociações envolvendo imóveis, exigiram alteração legislativa posterior com a finalidade específica de por ele ficarem abrangidos. Foi o que ocorreu, v.g., com o art. 3.º, n. 3, do Código Comercial italiano de 1883, segundo CARVALHO DE MENDONÇA, “o caso único em que o Código

italiano considera os imóveis como mercadoria” (*Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 304, p. 444); a mesmo aconteceu com a lei francesa de 13.07.1967 e assim por diante.

A objeção mais contundente, porém, vem da própria doutrina francesa contemporânea, que considera ter o Código Comercial francês construído um sistema impreciso, o qual, embora afirmando sua orientação objetiva, não logrou repudiar seu conteúdo subjetivo. É de JEAN ESCARRA a observação: “Essas constatações são suficientes para permitir dizer que o Código de 1807, apesar de firmar sua orientação na concepção objetiva, não repudiou a concepção subjetiva. Foi assim que, da falsa interpretação de um precedente – a Ordenação de 1673 – surgiu um vício de redação que levou os autores do Código a construir um sistema de direito comercial em *porte-à-faux*, e que não deixou de pesar sobre o conjunto de nosso direito positivo” (*Manuel de droit commercial*, n. 85, p. 53).

---

Observação semelhante, citando a mesma fonte, faz JOÃO EUNÁPIO BORGES, para quem o “legislador francês não conseguiu, porém, vencer o peso da tradição e traduzir exatamente no Código de 1807 a concepção puramente objetiva imposta pela ideologia revolucionária e pelas leis de 1791” (*Curso de direito comercial terrestre*, n. 42, nota n. 32, p. 32).

---

De fato, referido Código regulou o comerciante, seus direitos, suas obrigações, as relações com seus auxiliares, a estrutura das sociedades, sua contabilidade, sua falência e assim por diante, tratando dos atos de comércio tão somente para definir a competência da jurisdição comercial.

### XIII. A revolução industrial e os atos em série

Com as dificuldades de sistematização do sistema objetivo somadas às transformações ocorridas nos meios de produção a partir da segunda fase da Revolução Industrial, os comercialistas tiveram de procurar um novo núcleo para direito comercial.

As novas formas de energia propiciaram a produção e a circulação das riquezas mediante a adoção de procedimentos padrões para a prática de atos em série, em massa ou em cadeia, que

desencadearam novos modos de contratar. De um lado, o produtor e o intermediário, às voltas com a necessidade crescente de adotar comportamento simplificado e uniforme para dar conta do escoamento dos seus produtos ou estoques, ou o prestador de serviços para atender a intensificação da demanda; de outro, os destinatários dessas atividades que, por obra da padronização, ficaram privados do contato direto com aqueles profissionais do comércio e da indústria, alijados das negociações preliminares e sujeitos a um virtual desequilíbrio econômico no momento de com eles contratar.

---

Como já observei em outra oportunidade, "o grande empresário, desenvolvendo uma atividade em cadeia, de caráter padrão e uniforme, atua através das diretrizes que dita aos seus empregados. Daí o surgimento dos contratos-formulários que, nesse mecanismo, encontram sua justificação. Não se pode negar a utilidade desses novos métodos mercadológicos. A simplificação e a padronização agilizaram, de tal forma, a atividade empresarial que, hoje, as grandes empresas não podem dispensá-las. Mas a adoção desses métodos em proveito da negociação em massa traz sacrifício aos destinatários. A uniformização de preços e das condições de contratar, engendradas por pessoas da mais alta qualificação, reduzem acentuadamente a autonomia da vontade dos usuários ou consumidores que, nessa mecânica, veem-se envolvidos. Não lhes é dado discutir as bases do negócio e não têm a quem recorrer senão a empresas que, unidas sob formas disfarçadas de inconfessáveis cartéis (mantidos à sombra da tolerância e da inércia do Estado), sempre lhes oferecem a alternativa hamletiana de contratar nas condições que lhes são impingidas ou de não contratar e ficar sem ter com quem contratar as necessidades de sua subsistência" (Notas sobre os contratos bancários. *Análise jurídica - Condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica*, p. 47).

---

Nesse ambiente, aparecem sérias dificuldades para solucionar os problemas atinentes à responsabilidade civil, tanto no quadro contratual como no extracontratual, diante da insuficiência das disposições gerais sobre vícios redibitórios e do critério da culpa aquiliana para obrigar os produtores e os intermediários (os fornecedores) à reparação do dano decorrente da

colocação no mercado de produtos, mercadorias ou serviços defeituosos.

A observação atenta da realidade do mercado mostra, então, ao jurista, que a contratação em massa (fenômeno geral, sem fronteiras), decorrente da organização das grandes empresas, impõe a necessidade de uma tutela jurídica adequada, fundada em novos princípios e normas especiais, não cogitáveis nas relações jurídicas singulares e isoladas entre particulares.

Ou seja, essa nova ordem fez surgir a exigência jurídica de um tratamento peculiar, diverso daquele previsto pelo direito comum, a ser dado aos contratantes (portanto, às pessoas e não à matéria) envolvidos na prática desses atos em série, por força da estrutura organizacional edificada para realizá-los e com atenção à diversidade de efeitos que daí poderiam resultar na celebração dos respectivos contratos.

Especializa-se, assim, o regime jurídico da interpretação que devem ter os contratos-formulários. Descobre-se a necessidade de regular as chamadas cláusulas (condições) gerais, presentes senão em todos, na maioria dos contratos empresariais, de modo a dar proteção àqueles que contratam em regime de inferioridade. Acentua-se uma vez mais a utilidade e a eficácia do uso, ao menos interpretativo, nas relações que surgem das atividades ou contratos de empresas e se releva o interesse coletivo dos consumidores, dos destinatários das atividades, visando sua proteção em caráter geral.

Crescem, também, questões envolvendo o exercício abusivo do direito, impondo solução através das exigências de boa-fé, que devem estar presentes ou pressupostas nesses contratos e nos contratos de colaboração ou de união econômica que se celebram entre empresas. Assim, caracterizando-se o desequilíbrio econômico ou o poder de controle de uma empresa sobre outra (que lhe fica economicamente dependente), regras protetivas adequadas tornam-se necessárias para que, perante esses fatos e tendo em conta a concentração empresarial, evitem a atuação prejudicial à livre manifestação de vontade ou à liberdade de concorrência.

Apresenta-se, enfim, a necessidade de o Estado intervir, cada vez com mais intensidade, nas relações contratuais privadas para, com normas

de ordem pública, restringir a ampla liberdade de contratar, que predominara até então, pela edição de normas imperativas (em substituição às de caráter supletivo da vontade das partes) ou pelo controle e pela fiscalização da atividade de certas empresas.

#### XIV. O direito comercial como direito de empresa

Marcam o retorno ao sistema subjetivo, que resgatou a figura do comerciante ou do empresário como centro de suas atenções, o Código Comercial alemão de 1897 e o Código Civil italiano de 1942.

O Código alemão, embora mantendo a categoria dos atos de comércio, deu-lhes outra feição, de ordem subjetiva, para considerá-los mercantis somente quando realizados pelo comerciante no exercício de sua atividade profissional. Com sua entrada em vigor, deixaram de existir, portanto, os atos de comércio estranhos à atividade profissional do comerciante e os ditos atos isolados; para os propósitos da legislação comercial, passaram a interessar, apenas, os *atos praticados profissionalmente*, no interior da atividade comercial desenvolvida pela pessoa do comerciante.

Já o Código italiano, tendo formalmente unificado o direito privado, representou, igualmente, o retorno ao sistema subjetivo porque substituiu as antigas noções de atos de comércio e de comerciante pela de *empresário*, como tal considerado aquele que realiza uma atividade econômica organizada, dirigida ao mercado.

Grande parte da doutrina, então, passou a identificar o direito comercial como o direito das empresas, com cunho subjetivo que, como já é possível observar, remonta às origens de nossa disciplina. Tal orientação, porém, encontrou resistências e foi, como ainda tem sido, bastante criticada por inúmeros e respeitados estudiosos do assunto.

Pondera-se na linha da crítica que a empresa, como fenômeno econômico, apresenta-se com grande complexidade perante o direito, visto que nela convergem interesses jurídicos distintos, tratados por vários de seus ramos (pelo direito comercial no que se refere à sua estrutura e funcionamento, pelo direito do trabalho e

previdenciário no que toca com as relações de emprego, pelo direito tributário na identificação das hipóteses de incidência de tributos e da pessoa do contribuinte, pelo direito constitucional na determinação do protecionismo, e na configuração da organização da atividade econômica e assim por diante).

Na verdade, a empresa, como organização dos fatores de produção, interessa ao direito em geral, cujos ramos tratam-na diversa e peculiarmente sob os aspectos ou prismas que lhes são próprios. Isso foi evidenciado por ASQUINI que enxergou a empresa, perante o direito, sob estes quatro perfis: *subjetivo* (como sujeito de direito, identificando-a, portanto, com a figura do empresário); *corporativo* (como organismo envolvendo as relações jurídicas internas entre o empresário e seus prepostos); *objetivo* (como objeto de direito, materializando-se pelo conjunto de bens nela reunidos e correspondendo à noção de estabelecimento comercial); e *funcional* (como a atividade desenvolvida de forma organizada) – só esses dois últimos compreendendo a matéria tratada pelo direito comercial. Sobre o assunto, ver OSCAR BARRETO FILHO (*Teoria do Estabelecimento Comercial*, n. 15, p. 25-26).

Sendo assim, a identificação do direito comercial como direito da empresa imporia a tarefa prévia de elaborar um conceito específico para a empresa a fim de determinar, de modo preciso, aquilo de que se ocuparia o direito da empresa (não de toda a empresa, mas, exclusivamente, da parte por ele regulada) – o que implicaria um corte na sua aceção econômica que, pela amplitude, não estaria totalmente compreendida nos limites dessa regulação.

Ora, isso levaria o intérprete a enfrentar a mesma dificuldade e as mesmas críticas encontradas pela doutrina quando, ao admitir que o direito comercial não correspondia ao direito regulador do comércio (em sentido econômico), tentou construir um conceito jurídico de comércio para, depois, poder afirmar que o direito comercial seria o direito do comércio (em sentido jurídico).

Por outro lado, não foram poucos os doutrinadores que, debruçados sobre o Código Italiano de 1942 com uma análise percutiente de suas disposições, afastaram a ideia de adotar a empresa, por ele tratada, como polo de con-

vergência do sistema que enfeixa as normas de direito comercial. É que referido Código considerou a empresa em seu sentido econômico, como unidade, incluindo-a no seu Livro V, que trata “Do Trabalho” (*Del lavoro*), no qual estão regulados, dentre outros, o trabalho na empresa, as atividades profissionais e as condições para seu exercício. Afinados com os postulados da ideologia fascista da época em que foi promulgado, seus arts. 2.085 a 2.088 estabeleceram a subordinação da empresa (como célula desses fins) aos superiores interesses do Estado.

Na verdade, o Código Civil italiano não definiu a empresa, mas o empresário, isto é, aquele que “exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 2.082), sujeitando-o – e não a empresa – ao Registro das Empresas. É a partir desse dispositivo que se extrai a conclusão de que a empresa vem a ser a atividade exercida pelo empresário (ASQUINI). Ora, se é assim, por que procurar outro denominador comum, diverso da figura do empresário, se as regras são destinadas a quem exerce a atividade e não à atividade em si? Por que não dizer, então, que o direito comercial, pela reforma ocorrida na Itália em 1942, voltou a ser o direito dos comerciantes ou, na nova linguagem, o direito dos empresários?

De resto, nem toda empresa, para aquele Código, seria mercantil. Ou seja, nem toda a empresa estaria sujeita ao regime jurídico mercantil, vale dizer, ao regime jurídico a que se quis dar o nome de direito das empresas, visto estarem dele excluídas a empresa agrícola (não optante por esse regime), a pequena empresa e as profissões de natureza intelectual, mesmo quando empresarialmente estruturadas e exercidas (arts. 2.135, 2.202 e 2.229). Tornava-se preciso, por conseguinte, procurar determinar quais as empresas reputadas mercantis (*id est*, sujeitas ao regramento especial previsto pelo Código), para separá-las das demais empresas, não mercantis (desse regime excluídas). Em outras palavras, ter-se-ia de precisar as empresas mercantis para se dizer que delas, e não de todas, cuidaria o direito das empresas (mercantis).

Apesar disso, o decurso do tempo veio aos poucos aconselhando a adoção da tese que considera a empresa o referencial do sistema. De fato,

em passo paralelo aos aspectos aqui abordados na evolução histórica do direito comercial, as novas realidades vieram mostrar que o comerciante ou empresário individual, embora ainda detendo parcela significativa no mercado, foi cedendo espaço, no campo jurídico, para a do empresário coletivo, isto é, da sociedade empresária. E esta, de sua vez, trouxe à luz o fenômeno das estruturas, cada vez mais complexas, que se organizam pelas formas mais diversas para atender as sempre crescentes necessidades de expansão dos negócios, indiferentes aos critérios objetivos em que se contém sua personificação. Os grandes conglomerados, então, desdobrados em polos de atuação relativamente autônomos, superaram a própria noção de sociedade (ente coletivo personalizado criado para exercer uma atividade econômica autônoma) para envolvê-la em uma única entidade, personalizada ou não, formando um conjunto coeso e organizado, característico de uma empresa. Já advertira CLAUDE CHAMPAUD, na abertura de sua obra dedicada ao fenômeno concentracionista, que “um movimento de concentração domina atualmente a vida dos negócios. Provocado pelo progresso técnico e pela evolução das estruturas econômicas, esse fenômeno tem modelado pouco a pouco a visão do capitalismo moderno” (*Le pouvoir de concentration de la société par action*, p. 1).

Assim, a empresa é mais compreensiva e adequada para apontar o norte que enfeixa as normas do direito especial voltado para regular as relações jurídicas intersubjetivas envolvendo a atuação do agente econômico, em suas diversas manifestações, e os destinatários de sua atividade.

## XV. Síntese conclusiva

Afastada a questão terminológica – até porque a maioria dos comercialistas estrangeiros, dentre eles não poucos italianos, continuam a utilizar a expressão direito comercial na sua designação –, pode-se dizer, portanto, nas legislações consideradas, que a ideia de empresa, como organização dos fatores de produção predisposta ao exercício da atividade econômica de produção ou de circulação de bens ou de serviços, apesar das críticas e resistências, passou a servir como núcleo identificador desse conjunto de regras destinadas a normatizar a atuação dos agentes

econômicos no mercado, definir seus peculiares direitos e obrigações, destacar o dinamismo do fenômeno de produção e circulação de riquezas de forma organizada, da estrutura a tanto necessária e dos efeitos que dessa atuação podem resultar para os demais profissionais do mercado e para os destinatários de suas atividades profissionais.

Sob esse enfoque, a visão do direito comercial como direito de empresa extrapola os quadrantes do direito privado para compor um novo sistema, tendo por norte tudo o que diga respeito ao desenvolvimento da atividade econômica no regime jurídico definido em cada país. E aí sobressai como principal protagonista o empresário, o titular da empresa, a pessoa que exerce a atividade econômica como profissional do mercado e, por isso, principal destinatário das normas especiais que lhe asseguram direitos e lhe impõem obrigações no desenvolvimento da atividade empresarial a que se dedica.

Essa evidência é corroborada pelo método aqui adotado. O apanhado histórico feito ao início, atentamente analisado, mostra que o direito comercial ou de empresa nunca deixou de ser o direito regulador do comerciante no exercício de sua atividade profissional.

Realmente, no nascedouro, o direito comercial era identificado, sem sobressaltos, como o *direito dos comerciantes*. Além disso, era um direito classista porque criado pela classe dos comerciantes para ser por eles aplicado nas relações entre si e, posteriormente, nas relações entre eles e as pessoas com as quais contratavam no exercício de sua atividade profissional, independentemente de qualquer ingerência estatal.

Porém, com o aparecimento dos Estados modernos e a tendência centralizadora do poder do monarca, deu-se a intervenção do Estado na vida econômica pela edição de normas para regulá-la. Nesse momento, passou-se de um direito criado, interpretado e aplicado pelos comerciantes (consuetudinário e internacional) para um direito nacional e legislado por um poder superior, estranho ao controle dos comerciantes. Assim, embora perdendo seu ranço classista (por emanar do Estado e ser por ele imposto a uma determinada categoria profissional), o direito comercial continuou sendo identificado como o *direito dos comerciantes*. Interessante observar

que, apesar de editadas pelo Estado, as normas de direito comercial reproduziram as que os próprios comerciantes haviam editado para regular o comércio entre si e perante aqueles com que contratavam – isto é, o Estado, em última análise, adotou aquilo que o direito costumeiro e internacional havia consagrado nas relações comerciais. Significa isso que, mesmo tendo chamado para si o poder de legislar e de impor as normas que editava aos seus cidadãos, o Estado não pôde fugir da regulamentação do comércio com regras diversas daquelas consagradas pelo direito comum para as relações jurídicas entre particulares em geral – o que implicou, já então, um primeiro reconhecimento da necessidade de serem produzidas regras peculiares, especiais, para os comerciantes e para as relações jurídicas por eles celebradas nessa condição.

Já sob os ideais da Revolução Francesa, a igualdade de todos perante a lei não tolerava a existência de um direito especial cuja esfera de aplicação fosse delimitada, exclusivamente, pela natureza e pela condição de certas pessoas; a liberdade de iniciativa impunha o reconhecimento de que todo cidadão podia dedicar-se a qualquer trabalho, ofício ou profissão (exercer o comércio) sem necessidade de nenhuma corporação ou poder real a autorizá-lo previamente. Em consequência, suprimiram-se as corporações e foi promulgado o Código de 1807 que, para a doutrina pós-revolucionária, rompera a sua tradição histórica e mudara totalmente a concepção do direito comercial: de direito dos comerciantes no exercício de sua profissão, convertera-se no *direito do comércio*, melhor dizendo, no *direito dos atos de comércio* – ou seja, no direito de alguns atos especiais (dos atos enumerados nos arts. 631 e 632 daquele Código), a cujas regras estariam submetidos todos aqueles que os praticassem, comerciantes ou não. A própria doutrina francesa logo percebeu, porém, os equívocos desse novo sistema que, sem êxito, procurara atingir essa pretensa objetivação, sem ter logrado fugir, contudo, da figura do comerciante, que regulou, dispondo sobre suas prerrogativas, modos de atuação e de solução para sua insolvência etc.

Com a promulgação do Código Comercial alemão de 1897 (que substituiu o de 1861), o comerciante foi recolocado como protagonista

do sistema. Consolidou-se, a partir daí e do Código Civil italiano de 1942, a noção de empresa, responsável por desenhar, como sustenta RUBENS REQUIÃO (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 7, p. 14-15), o sistema subjetivo moderno, que identifica o direito comercial como *direito de empresa*.

Na verdade, como já observei, esse movimento não fez mais do que retornar à figura do comerciante (do empresário), porquanto, tecnicamente, regulando relações intersubjetivas, não caberia a afirmação de que o direito comercial passara a ser o direito das empresas.

O que se nota é que, tanto o Código Comercial alemão de 1897 como o Código Civil italiano de 1942, visando atender as necessidades práticas surgidas com o último estágio atingido pela Revolução Industrial, procuraram determinar seu âmbito, em última análise, a partir da figura do comerciante, do empresário – enfim, da pessoa que, exercendo organizada e profissionalmente a atividade econômica, adota, para tanto, um comportamento especial, uniforme, padronizado, que traz, nas relações jurídicas que pratica, consequências diversas daquelas que normalmente decorreriam, mesmo na área econômica, de uma atuação não profissional e isolada, de qualquer outro sujeito de direito.

Com isso, quer-se dizer que, tenha ou não o direito comercial a designação de direito de empresa ou empresarial (para se lhe dar uma melhor ou mais adequada abrangência), o fato é que ocorreu, inequivocamente, um retorno ao sistema subjetivo com a volta do *mercador*, do *comerciante* ou, modernamente, do *empresário* (do agente econômico) para o centro de suas atenções. E aí, a realidade acabou expondo facetas que extrapolam a pessoa individual do protagonista da atividade econômica, decorrentes de comportamentos abusivos, com o surgimento de práticas comerciais restritivas ao livre desenvolvimento do mercado (colusões, oligopólios etc.) e prejudiciais aos destinatários dessa mesma atividade.

Pelas peculiaridades que surgem nas relações jurídicas derivadas da atuação de um profissional ou de um conjunto de profissionais no mercado, torna-se necessário que elas, as pessoas que as exercem e suas estruturas, assim como os bens a elas afetados, recebam um tratamento

especial, nisso residindo o dado diferenciador, que justifica a existência do corpo especial de normas a que estão sujeitas, e que constitui o âmbito do direito especial de que se está a tratar.

Essas peculiaridades são precisamente as que trazem a exigência da tutela, em essência, das negociações em massa realizadas no mercado. Assim, o retorno ao subjetivismo, impregnado pela atual realidade do mercado, revela a necessidade de o direito comercial ocupar-se com o *agente econômico* (em qualquer de suas manifestações) que se dedica profissionalmente à realização de negócios em série, repetidos e uniformes, com conduta padronizada, a lhe impor a adoção de uma estrutura organizada (sob forma de empresa, portanto) e com tudo aquilo que deriva dessa sua atividade.

De fato, aquele que pratica o comércio esporádico ou de modo exíguo vem sendo excluído do âmbito de abrangência do direito comercial. Foi o que aconteceu com os “piccoli imprenditori”, definidos pelo art. 2.083 do Código Civil italiano de 1942, que ficaram dispensados da obrigação de inscrição no registro das empresas (art. 2.202) e de possuir os livros obrigatórios comuns dos empresários (art. 2.214), não mais se sujeitando, também, em caso de insolvência, aos processos de falência e de concordata preventiva (art. 2.221). Do mesmo modo, não se inserem no regime jurídico empresarial os profissionais cujas atividades, normalmente, não costumam ser ou não têm como ser praticadas em série, como o trabalho intelectual e o agrícola, este dependente de safras e, quase sempre, com operações eventuais, em bloco e isoladas, da produção (arts. 2.229, 2.238 e 2.136 do mesmo Código).

A doutrina inclina-se, hoje, para essa distinção e o faz através de dois critérios: um é o *qualitativo*, determinante da natureza da atividade (atividade que se presta a ser exercida sob forma de empresa); o segundo é o *quantitativo*, revelador da intensidade com que é exercida a atividade pela prática de atos em massa, em cadeia, a reclamar um comportamento padrão e uma organização para viabilizá-la.

Assim, não devem pertencer ao âmbito do direito comercial os atos isolados, as atividades intelectuais, as praticadas pelo pequeno empresário e, eventualmente, as atividades rurais; tem

de ocupar-se o direito comercial, então, com o empresário, mais precisamente com aquele e com a estrutura daquele que exerce uma atividade organizada para a produção e a circulação de bens ou serviços em massa, com os bens de que se serve para desenvolvê-la e com as relações jurídicas decorrentes dessa sua atuação.

Diante do apanhado histórico feito aqui, pode-se dizer que o direito comercial contém o estatuto do empresário organizado (do empresário que atua sob forma de empresa) e inclui no seu regramento tudo aquilo que envolva o exercício de sua atividade profissional (MANUEL BROSETTA PONT, *Manual de derecho mercantil*, item VI, p. 89). É, portanto, sob essa perspectiva, o ramo do direito privado que regula a categoria profissional do agente econômico (mercador, comerciante ou empresário), os bens de que se utiliza para atuar e as relações jurídicas derivadas da sua atividade organizada sob forma de empresa.

A empresa passa a ser, dentre os outros já considerados, o principal referencial para a identificação das pessoas, bens e relações jurídicas que se subsumem ao regime jurídico especial de que cuida o direito comercial – ou, por outra, o direito de empresa ou empresarial. Para boa parte da doutrina, a empresa seria mais que isso; seria o próprio divisor de águas a separar o regime jurídico comum do especial e nela, portanto, estaria a essência do direito comercial dos dias atuais.

À altura, os fenômenos de ampliação, generalização e redução do âmbito do direito comercial ficam perfeitamente confirmados ao longo de sua evolução histórica. Nascido para regular as relações entre comerciantes matriculados, o direito comercial logo se estendeu para as relações entre comerciantes matriculados ou não, em uma ou mais corporações e entre comerciantes e não comerciantes. Destinado a regular o comércio, expandiu sua aplicação à indústria; voltado inicialmente para o tráfico de bens móveis, abarcou, mais tarde, os imóveis e os bens incorpóreos; excluindo em suas origens a atividade agrícola, passou a abrangê-la quando explorada por meio de empresa. A seu turno, muitos institutos e regras, inicialmente tidos como eminentemente mercantis, migraram para uma aplicação generalizada, como

ocorreu com as cambiais, com certos contratos, com os meios de prova e interpretação, com a simplificação das formas, com os critérios de determinação de preço do contrato de compra e venda e assim por diante. Já a redução do âmbito do direito comercial mostra-se como consequência da generalização. Destarte, normas e regras originariamente surgidas para regular as relações comerciais, por se terem generalizado, deixaram de ter o caráter especial e passaram a ser submetidas ao regramento comum, de que se ocupa o direito civil.

Esses fenômenos, produzidos pela constante alteração de fatores de natureza econômica, política e social – como aduz BROSETTA PONT –, explicam a relatividade do conteúdo de nossa disciplina e permitem compreender porque seu âmbito atual não mais corresponde exatamente àqueles que foram determinados nas diversas etapas de sua evolução; explicam, também, a defasagem entre o direito comercial escrito ou legislado e o direito comercial vivo na realidade econômica atual, que resulta da maneira como os agentes econômicos estão hoje atuando no mercado (*Manual de derecho mercantil*, p. 45-46).

Ao cabo, resta registrar que há uma tendência, cada vez mais acentuada, de relevar a figura do fornecedor de bens ou de serviços em geral, que atua no mercado com uma atividade organizada e em série, esteja ele inserido no conceito de empresário ou não. Isso já se verifica na legislação de muitos países europeus que estenderam a falência e as medidas de proteção ao insolvente a quem quer que exerça uma atividade econômica, concentrando-se normas especiais para aquelas de maior relevância para o desenvolvimento econômico do Estado.

## XVI. O direito comercial no Brasil

A história do direito comercial brasileiro tem início com a chegada da Família Real portuguesa, que veio para a colônia apossada pelas tropas napoleônicas. Impunha-se, assim, organizar-se a Corte.

Nesse primeiro momento, destacou-se a figura de JOSE DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairu, considerado o precursor do nosso direito comercial. Sob seu patrocínio e orientação, D. João VI promulgou a Lei de Abertura dos Portos brasileiros ao comércio, antes fechados em

virtude do monopólio de Portugal. Também no ano de 1808 foram criados o primeiro Banco do Brasil e a Real Junta do Comércio, Agricultura e Navegação, no Rio de Janeiro.

---

Foi do Visconde de Cairu a primeira obra de direito comercial no Brasil (*Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, reeditada em 1963 pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça).

O Banco do Brasil referido no texto nada tem a ver com o atual. Foi extinto quando do regresso da família real a Portugal. Depois dele, Irineu Batista de Souza, o Barão de Mauá, criou o seu, em 1851, com idêntica denominação, que, por obra de Itaboraí, foi fundido dois anos após com o então Banco Comercial. (Sobre o assunto, EDGARDO DE CASTRO REBELLO, *Mauá & Outros Estudos*, p. 37-54.) A origem do atual Banco do Brasil, portanto, não é aquela que andou sendo divulgada em propaganda da instituição.

---

Com a independência, a Assembleia Constituinte do Império determinou que continuassem em vigor no país as leis portuguesas vigentes em 25.04.1821. Vigoravam e continuaram vigorando, então, as *Ordenações Filipinas*, sob forte influência do direito romano e do direito canônico, bem como a *Lei da Boa Razão*, de 18.08.1769, que autorizava serem invocadas, como subsídio nas questões mercantis, as leis das nações cristãs, de sorte que à época aqui se aplicaram, por igual, o Código Comercial francês de 1807 e, mais tarde, o Código Comercial espanhol de 1829 e o Código Comercial português de 1833.

---

Isso foi consequência da influência do movimento iluminista que, nos países europeus, notadamente na Alemanha, fez surgir o chamado direito da razão em reação ao direito de inspiração romana, fruto do período da recepção (CLAUDE WITZ, *Le droit Allemand*, p. 10-11).

---

## XVII. O Código Comercial e o Regulamento 737

Para afirmar a soberania política do Império, a Constituição de 1824 determinou que se elaborassem, com urgência, um Código Civil e um Criminal (art. 179, XVIII), sem dispor, contudo, acerca da elaboração de um Código Comercial – casualmente sancionado muito antes do Civil, pela Lei 556, de 25.06.1850.

---

Desde a criação da Real Junta de Comércio já se cogitava da elaboração de um Código Comercial, tendo sido designado JOSÉ DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairu, para organizá-lo. Em 1832, a Regência, em nome do Imperador, nomeou comissão para o mesmo fim, destacando-se, entre seus membros, JOSÉ CLEMENTE PEREIRA, que foi o relator da comissão no Senado. Seguiram-se outras comissões e o projeto ficou paralisado com a dissolução do Parlamento em 1844. O projeto retomou seu curso em 1845 com a nomeação de nova comissão para revê-lo, sendo aprovado pela Câmara em 1845 e pelo Senado em 1848 com emendas que o fizeram retornar à Câmara. Aceitas as emendas do Senado, finalmente foi o projeto enviado à sanção do Imperador – o que ocorreu em 25.06.1850. (Sobre o assunto, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 31 a 35, p. 82 a 93; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, t. I, n. 28-41, p. 52 a 78; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, v. XXXVIII, § 4.256, p. 498-499.)

---

Veio nosso Código Comercial dividido em três Partes, seguidas de um Título Único que as complementava. Na Parte Primeira definiu a figura do comerciante e regulou suas obrigações e prerrogativas (arts. 10 a 31), bem como os agentes auxiliares do comércio (arts. 32 a 120); estabeleceu, ainda, regras sobre os contratos e obrigações mercantis e seus modos de extinção (arts. 121 a 456), nelas incluindo as sociedades (arts. 287 a 353) e os títulos de crédito (arts. 354 a 427). Na Parte Segunda tratou do comércio marítimo, regrando as embarcações, seus proprietários e as pessoas envolvidas no tráfico marítimo, inclusive as relações de trabalho, os contratos, seguros e acidentes marítimos (arts. 457 a 795). Na Parte Terceira cuidou da falência do comerciante (arts. 797 a 913) e, no Título Único, estatuiu normas sobre a administração da justiça nos negócios e causas comerciais.

Embora informado nos Códigos Comerciais da França, Espanha e Portugal, o nosso não enumerou, em seu texto, os *atos de comércio* nem vinculou o conceito de comerciante à pessoa que os praticasse com habitualidade e em caráter profissional; preferiu defini-lo como aquele que “faz da mercancia sua profissão habitual” (art. 4.º).

Visando à boa execução do Código, foram baixados, no mesmo ano (com base na autorização contida no art. 27 do Título Único), os Regulamentos 737 e 738: o primeiro dispendo sobre o processo comercial, sobre a jurisdição comercial e sobre a aplicação da lei comercial aos objetos, atos ou obrigações comerciais; o outro, sobre os Tribunais do Comércio, com regras a respeito do processo de quebras.

O Regulamento 737, na parte em que estatuíu normas sobre o *processo comercial*, dedicou seus Capítulos III e IV à fixação da *jurisdição comercial*, arrolando, no art. 19, os atos que reputou caracterizarem a *mercancia* e, no art. 20, as questões, relativas a outros tantos atos, que também ficavam submetidas à mesma jurisdição e processo, independentemente da intervenção de comerciantes.

---

Esses dispositivos estavam assim redigidos:

“Art. 19. Considera-se mercancia: § 1.º A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso. § 2.º As operações de câmbio, banco e corretagem. § 3.º As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos. § 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo. § 5.º A armação e a expedição de navios.

Art. 20. Serão também julgados em conformidade das disposições do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa comerciante: § 1.º As questões entre particulares sobre títulos de dívida pública e outros quaisquer papéis de crédito do governo. § 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objeto. § 3.º As questões que derivarem de contratos de locação compreendidos na disposição do Título X, parte I, do Código, com exceção somente das que forem relativas à locação de prédios rústicos e urbanos. § 4.º As questões relativas a letras de câmbio e da terra, seguros, riscos e fretamentos.”

---

Com isso, referido Regulamento restringiu o alcance e a flexibilidade que o termo *mercancia*, empregado pelo art. 4.º do Código Comercial, poderia ter na conceituação de comerciante.

E mais: trouxe para o âmbito do nosso direito comercial, pela via do processo, atos isolados não praticados necessariamente no exercício da profissão mercantil. Em outras palavras, os *atos de comércio* acabaram por incorporar-se, através do Regulamento 737, ao sistema do direito comercial brasileiro que, assim, passou a ser sacudido pela tormentosa discussão acerca da *matéria de comércio* e pelas mesmas críticas que, já então, eram feitas ao sistema do Código francês.

A doutrina pátria, desse modo, não pôde fugir da análise das diversas teorias sobre os atos de comércio para determinar a matéria de comércio, nem das incongruências do cunho objetivista que impregnaram o direito comercial a partir do Código francês de 1807, muito embora nossos comercialistas tenham-se dividido quanto à adoção desse critério objetivista pelo Código Comercial brasileiro. Enquanto alguns não tiveram dúvidas em afirmá-lo, outros sustentaram ser nosso sistema misto, dos comerciantes e dos atos de comércio, e ainda houve a voz de quem preferiu desconsiderar as normas desse Regulamento para afirmar que o sistema brasileiro resgatou o cunho subjetivo que o marcara desde seu surgimento.

---

Tratando das teorias tendentes a explicar os atos de comércio para definir a matéria de comércio como essência do direito comercial na linha do Código Comercial francês, podem ser citados, por exemplo, INGLEZ DE SOUZA, *Direito comercial*, n. 12, p. 31-36; BENTO DE FARIA, *Direito comercial*, n. 6, p. 59-63, n. 25-29, p. 159 e ss.; WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, n. 78-91, p. 146-161; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. 1, n. 301-379, p. 440-515.

Afirmando ter nosso Código Comercial adotado o sistema objetivo, destacou-se OTAVIO MENDES, como se vê desta passagem: “O critério de nossa legislação não é hoje um critério misto, como diz CARVALHO DE MENDONÇA, mas é, positivamente, o critério objetivo ou real. O nosso direito comercial não é o direito das relações entre negociantes, mas sim o direito regulador da matéria comercial, quer entre comerciantes, quer entre pessoas não negociantes” (*Direito comercial terrestre*, p. 62). Já RUBENS REQUIÃO, na linha da orientação de CARVALHO DE MENDONÇA, obtemperava: “O sistema do Código de 1850,

como resulta desta exposição, é *subjetivo*, pois assenta na figura do comerciante, não evitando, porém, o tempero *objetivo*, enumeração legal dos atos de comércio, para esclarecer o que seja mercancia, elemento radical na conceituação do comerciante” (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 24, p. 41). Para JOÃO EUNÁPIO BORGES, no entanto, “nosso legislador, repudiando aberta e decididamente a inovação objetivista de seu modelo, reatou o fio da *tradição subjetivista* do direito mercantil, acolhendo o sistema que no fim do século seria adotado pelo Código alemão. Nosso Código, afastando deliberadamente a própria expressão atos de comércio, timbrou em ser exclusivamente um código dos comerciantes, ou melhor, o código da profissão mercantil” (J. EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, n. 92, p. 90).

Assim, enquanto permaneceram em vigor os dispositivos do Código Comercial que cuidaram de definir o comerciante e os atos por ele praticados, prosseguiram grassando na doutrina e na jurisprudência pátrias opiniões as mais desencontradas quanto ao âmbito do direito comercial e continuou tormentoso o problema de sua sistematização.

Entretanto, houve temas a respeito dos quais a doutrina e a jurisprudência pátrias sempre se harmonizaram. Ao se defrontarem com o problema da enumeração dos atos de comércio (dos atos considerados como caracterizadores da mercancia), por exemplo, nossos comercialistas concordaram em reputá-la *exemplificativa* pelo reconhecimento da necessidade de abranger as novas formas de contratar surgidas com a prática mercantil, que não foram nem poderiam estar nela previstas. A contribuição de nossos Tribunais, ainda ao tempo da dualidade processual, também foi decisiva, ora para considerar elástica a enumeração dos arts. 19 e 20 do Regulamento 737, ora para acentuar a *profissionalidade* dos atos ali discriminados.

Veja-se, como exemplo de interpretação ampliativa do rol dos atos de mercancia, este acórdão da Relação do Rio de Janeiro, datado de 24.03.1887: “Carpinteiros, mestres-de-obras e empreiteiros, com casa aberta e coletada são comerciantes”. A seu turno, enfatizando a necessidade do exercício profissional do comércio para caracterização da matéria de comércio, decidiu

a Relação da Corte em acórdão de 10.06.1879: “A venda de gêneros para consumo feita por comerciante a comerciante não é mercantil” (Conselheiro SALLUSTIANO ORLANDO DE ARAÚJO COSTA, *Código Comercial do Império do Brasil*, p. 588, nota 25).

Apesar de terem ocorrido inúmeras alterações trazidas por leis extravagantes, nosso Código Comercial continuou em vigor na parte relativa às regras que então delimitavam o campo de sua aplicação, sem qualquer mudança substancial até o advento do Código Civil de 2002.

Não foram poucas as tentativas de sua reforma em momentos anteriores. Já TEIXEIRA DE FREITAS, em 1867 encaminhara ao Governo Imperial proposta no sentido de modificação do Código Comercial para sua unificação com a matéria civil em um Código Geral. Também INGLEZ DE SOUZA, em 1911, teve a incumbência de elaborar outro projeto que, aprovado pelo Senado e enviado à Câmara dos Deputados, foi abandonado com sua dissolução ocorrida em 1930. Com a restauração do regime democrático pela Constituição de 1946, foi atribuída a tarefa a FLORÊNCIO DE ABREU que, em 1949, apresentou seu esboço consolidando as leis comerciais então vigentes. Posteriormente, os Ministros OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, do Supremo Tribunal Federal, compuseram a comissão que elaborou o nosso primeiro anteprojeto de Código de Obrigações, na linha do sistema adotado pela Suíça, o qual, porém, não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo. (Ver, sobre esse histórico, WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. 1, t. I, n. 51-64, p. 102-132.) Em 1965 houve outro anteprojeto de Código de Obrigações, cuja parte geral foi elaborada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (relator geral). SYLVIO MARCONDES integrou a Comissão, tendo então elaborado o texto relativo às atividades mercantis, por ele rerepresentada quando chamado a participar da elaboração do Anteprojeto do Código Civil, de 1972, sob a designação de “atividade negocial”. (Sobre os trabalhos de codificação é de leitura obrigatória a obra de MÁRIO LUIZ DELGADO, *Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro*.)

Para melhor compreender o ambiente da época que antecedeu à reforma de 2002, convém

repassar, ainda que superficial e exemplificativa-mente, algumas das principais modificações que foram sendo introduzidas em nossa legislação e que, aos poucos, deram novos contornos ao direito comercial, desatrelando-o do rol dos atos de comércio e permitindo, numa interpretação construtiva, caracterizá-lo como um direito voltado para a regulação do profissional do mercado de bens e de serviços.

### XVIII. Leis posteriores

Sem a preocupação de indicar todas as principais alterações verificadas até hoje, é possível acentuar algumas daquelas que contribuíram decisivamente para delinear o quadro evolutivo pelo qual passou o direito comercial brasileiro, desde o Código Comercial oitocentista até os dias de hoje.

Em 1875 foram extintos os Tribunais do Comércio, com o que ficou suprimida a dualidade de jurisdição (civil e comercial). As causas comerciais passaram a ser julgadas pelos mesmos juízes e tribunais das causas civis, embora mantidas as diferenças em matéria processual.

Mas, pouco depois, o Decreto 736/1890, mandando que se aplicassem aos processos cíveis as regras previstas para os processos comerciais, que figuravam no Regulamento 737, unificou-os. Com a Constituição republicana de 1891, a competência para legislar sobre matéria processual foi transferida para os Estados e os Códigos de Processo estaduais mantiveram o tratamento unitário das causas cíveis e comerciais. O Código de Processo Civil de 1939 e o atual, de 1973, seguiram a mesma linha. Assim, não existe mais dualidade de tratamento para os processos relativos às causas civis e às causas comerciais. O processo ou é de conhecimento ou de execução ou cautelar. As distinções ficam por conta dos procedimentos, comuns (ordinário ou sumário) e especiais, cuja classificação não tem por critério a dicotomia do direito privado. Embora sem que a maioria dos comercialistas o percebesse, a enumeração dos atos de mercancia deixou de existir, ficando altaneira a expressão mercancia para permitir um conceito mais realista, desatrelado de condicionantes, do profissional dedicado ao seu exercício.

inserção de outras atividades, como as imobiliárias e de prestação de serviços, no campo de abrangência do direito comercial, ainda ao tempo da vigência do art. 4.º do Código Comercial, ver, do autor, *Apontamentos de direito comercial*, p. 85-86.

No tocante aos contratos, a prática mercantil e o comércio internacional cuidaram de expandi-los, criando novos e aprimorando os antigos. Cartões de crédito, centros comerciais e faturização, por exemplo, frequentes no dia a dia dos negócios, estão entre os contratos que ainda carecem de regramento próprio. Já o de seguro, antes limitado ao comércio marítimo, generalizou-se para abranger os bens do comércio terrestre, a vida das pessoas estranhas ao mar e, depois, a vida e a saúde de qualquer pessoa, o crédito e os mais diversos riscos.

O art. 686 do Código Comercial proibia o seguro sobre "*a vida de alguma pessoa livre*". Como essa disposição estava inserida na parte relativa ao direito marítimo, as companhias seguradoras passaram a celebrar seguros de vida de pessoas estranhas à atividade marítima, entendendo que a proibição a tanto se limitava. Mais tarde, apesar da lei, estenderam-no sobre a vida de qualquer pessoa; a Lei 294/1895, curvou-se a essa prática e eliminou, de vez, qualquer limitação.

Atualmente, são incontáveis os negócios jurídicos indiretos, os contratos atípicos que resultam da combinação de diversos outros contratos, além dos novos contratos típicos inerentes ao tráfico mercantil, sem aplicação geral a todas as pessoas (como os interempresariais em geral, a exemplo da representação comercial, da concessão mercantil, da revenda com exclusividade etc.). Outros tantos há, também, consagrados pela prática empresarial, mas ainda não regulados em lei (como os contratos de cartões de crédito, de faturização, de centros comerciais etc.).

A parte referente às quebras (à falência) passou, igualmente, por diversas alterações. Inicialmente a falência era tida como uma prerrogativa de comerciantes regularmente matriculados (só comerciantes podiam requerer a falência de outros comerciantes); depois, estendeu-se a legitimidade para requerer a falência a qualquer credor, por qualquer título de dívida, as-

Sobre a revogação dos arts. 19 e 20 do Regulamento 737 e, conseqüentemente, sobre a

sim civil como comercial e, mais recentemente, ampliou-se o campo de abrangência do regime falimentar, embora ainda restrito às pessoas que se dedicam ao exercício de atividade empresária (Lei 11.101/2005).

Também a Seção do Código Comercial referente às sociedades anônimas foi substituída por leis específicas. As sociedades por ações que, antes (como então ocorria com os demais tipos de sociedades mercantis) podiam ter natureza tanto civil como mercantil (CC de 1916, art. 1.364), passaram a ser reputadas sempre mercantis em razão da forma – ou seja, a estrutura (organização complexa) passou a guiar o regime jurídico a que estavam submetidas, qualquer que fosse o objeto de sua atividade.

---

O Código Civil de 2002, como será visto, manteve o mesmo critério para essas sociedades, sabendo-se que as demais só são reputadas empresárias quando tiverem por objeto o exercício de “atividade própria de empresário sujeito a registro” (art. 982 e parágrafo único).

---

A partir do art. 219 do Código Comercial, a prática mercantil consagrou a emissão de título representativo de crédito de venda de mercadoria a prazo, passível de cobrança pela ação de assinatura de dez dias. Surgiu, então, a duplicata mercantil com os propósitos de atender ao fisco (controle de vendas para efeito de incidência do imposto proporcional do selo e, mais tarde, do imposto sobre vendas mercantis) e aos comerciantes (para documentar, como título hábil à cobrança executiva, as vendas a prazo feitas para sua clientela). Esse era o regime previsto na Lei 2.919/1914, no Dec. 1.041/1923 e na Lei 187/1936. A Lei 5.474/1968 deu nova estrutura a esse título, estendendo, ainda, faculdade de sua emissão a empresas prestadoras de serviços e sociedades civis (duplicata de prestação de serviços).

Os direitos relativos à propriedade industrial não vieram regulados no Código Comercial. Embora as regras sobre os direitos de invenção sejam-lhe anteriores, a primeira lei brasileira sobre marcas (aplicáveis a produtos industriais ou de comércio) só surgiu em 1875. A proteção à propriedade industrial foi, aos poucos, sendo estendida para abranger o nome comercial (Dec. 916/1890), os desenhos e modelos industriais

(Dec. 24.507/1934), os modelos de utilidade (Código de Propriedade Industrial de 1945) e as marcas de serviço (Dec.-lei 254/1967).

---

Foi o Alvará de 28.01.1809, considerado como marco da propriedade industrial no Brasil, que, pela primeira vez, dispôs sobre a tutela dos direitos dos inventores. A Constituição Imperial de 1824 também já havia assegurado aos inventores a propriedade de suas descobertas e de suas produções com privilégio exclusivo e temporário, regulada, mais tarde, pela Lei de 28.08.1830, que tratou da concessão dos privilégios e dos direitos deles decorrentes.

Com exceção do nome comercial e do título de estabelecimento, os demais direitos relativos à propriedade industrial continuaram regulados e protegidos pelo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/1971). A Lei 9.279/1996, que atualmente regula esses direitos, excluiu de registro no INPI as expressões e sinais de propaganda, os quais nela só ficaram contemplados residualmente, pela proteção penal.

---

Com o Código Civil de 1916, foram regulados os títulos ao portador como obrigações unilaterais de vontade, desvinculados da atividade mercantil, nele se consagrando o princípio da inoponibilidade das exceções desenvolvido pelo direito cambiário (arts. 1.505 a 1.511). Esse mesmo Código sistematizou, com melhor técnica, o direito das obrigações, e regulou diversos contratos, revogando, com isso, diversos dispositivos correspondentes do Código Comercial.

---

Não se tratou, aí, de revogação de norma especial pelo advento de outra de caráter geral, como pode parecer à primeira vista. É que o Código Civil, entrando em vigor quase setenta anos após o Código Comercial, já incorporou em seu texto muitas disposições de cunho nitidamente comercial que, pelo fenômeno da generalização, migraram do direito comercial e se tornaram comuns, revogando aquelas correspondentes, estratificadas no corpo do Código Comercial, sem a atualização necessária às exigências das novas realidades.

---

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor conferiu tratamento geral, há muito esperado, para os contratos decorrentes das atividades em massa, mediante regras que, consagrando

algumas conquistas da doutrina e da jurisprudência, dispuseram sobre os contratos de adesão, sobre as cláusulas ou condições gerais dos contratos celebrados em massa e sobre a responsabilidade do fabricante ou produtor e do fornecedor de bens e de serviços por culpa contratual e extracontratual e, até, independentemente de culpa. Aliás, nesse ponto, não pode deixar de ser lembrada, também, a responsabilidade objetiva das empresas por danos ambientais, que ficou mais claramente consagrada na Lei 6.938/1981.

---

Na Lei 9.605/1998, que atualmente rege a proteção ambiental, foi vetado o texto da responsabilidade objetiva, aprovado pelo Congresso Nacional (art. 5.º do projeto) sob a justificativa de já estar prevista no art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981.

---

Nessa perspectiva expansionista, a Lei 4.068/1962, apesar de lacônica, considerou mercantis as empresas de construção, autorizando-as a sacar duplicatas contra as pessoas que com elas celebrassem contratos no ramo de suas atividades, inserindo-as na qualificação jurídica de comerciantes. A Lei 4.591/1964, por igual, previu o tratamento a ser dado aos contratos de aquisição de unidades autônomas na falência do incorporador comerciante.

---

O incorporador pode ser o dono do imóvel e, nesse caso, não se enquadrar no conceito de empresário, por não exercer por profissão a incorporação imobiliária. A previsão legal, portanto, destina-se a regular o incorporador empresário, mais precisamente quem se dedica profissionalmente à atividade de incorporação imobiliária ou às empresas de construção civil – mais um forte argumento para considerar que, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, as operações imobiliárias, quando praticadas de forma profissional e organizada, estavam inseridas no âmbito do direito comercial. Isso corroborava meu entendimento, externado naquela época, de não ser mais possível fazer distinção entre contrato civil e mercantil para fins de definir o regime jurídico aplicável a cada qual, visto que o tratamento dicotômico só podia ser definido a partir da técnica utilizada na sua celebração, ou seja, da verificação de o contrato (sem averiguação de sua natureza) estar inserido ou não na atividade daquele que o celebrava em

caráter profissional (*Apontamentos de direito comercial*, p. 88-91).

---

A seu turno, a Lei 6.019/1974, estendeu o regime falimentar às empresas de trabalho temporário, tornando indiscutível, se antes já não o eram, a submissão das atividades de prestação de serviços ao regime jurídico do comerciante ou empresário.

Os representantes comerciais tiveram seu estatuto próprio com a Lei 4.886/1965, que lhes atribuiu independência e autonomia no exercício de suas atividades, firmando-se o entendimento de que deviam ser incluídos na categoria de comerciantes, apesar da resistência inicial de algumas Juntas Comerciais em arquivarem declarações de firma individual e contratos sociais de sociedades destinadas ao exercício da atividade de representação comercial.

---

Aposição inicial das Juntas Comerciais era de não considerar como comerciante o representante comercial. Sustentava-se que, não exercendo ele a mercancia em nome próprio, desempenharia simples mediação não comercial. Mas, como objetou RUBENS REQUIÃO, “a ênfase que essa corrente atribui à condição do exercício do comércio em nome próprio, do ato de comércio, para caracterizar a comercialidade, está longe de ser fundamental na teoria do direito comercial brasileiro” (*Curso de direito comercial*, v. 1, n. 124, p. 144). Lembrou o mestre paranaense, então, da figura do corretor, protótipo do agente mediador, que era catalogado entre os comerciantes, apesar de não exercer a mercancia em nome próprio, por estar sua atividade elencada no § 2.º do art. 19 do Regulamento 737, de 1850. E concluiu que, por extensão analógica, aí estaria incluída essa nova atividade, de representação comercial (p. 144-145). A esse entendimento curvaram-se, posteriormente, os órgãos do Registro do Comércio. Ainda sobre o assunto, RUBENS REQUIÃO, *Do representante comercial*, n. 12, p. 37-49, e RUBENS EDMUNDO REQUIÃO, *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*, p. 114-115.

---

O regime jurídico especial, de intervenção e liquidação extrajudiciais coativas dos bancos e demais casas bancárias, visando à preservação de atividade reputada essencial (preservação da empresa) também surgiu posteriormente para

tentar melhor regular sua insolvência e permitir sua manutenção no mercado, sendo estendido, por leis posteriores, a outras empresas em razão da natureza da atividade por elas exercida.

---

A liquidação extrajudicial voluntária dos bancos e casas bancárias foi introduzida pelo Dec. 19.479/1930. Processava-se por iniciativa deles e “de acordo com a lei de falências, mas fora de juízo, sob a direção de um liquidatário eleito pela maioria dos credores e sujeito à fiscalização de um delegado do Governo” (WERTER FARIA, *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras*, p. 7-11).

O critério de extensão do regime de liquidação extrajudicial a outras empresas em razão da natureza da atividade foi o de serem reputadas relevantes para a economia nacional. Atualmente o regime de intervenção e liquidação extrajudicial aplica-se às seguradoras, às usinas de álcool e açúcar, aos consórcios, aos fundos mútuos e formas associativas assemelhadas, às sociedades de crédito real e de capitalização, bem como às distribuidoras e corretoras de valores e títulos mobiliários. (A respeito, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito falimentar*, v. 2, p. 230, n. 520.) A partir da Constituição de 1988 as cooperativas ficaram fora desse regime.

---

A Lei 8.934/1994, reorganizando a matéria regulada pela anterior Lei do Registro do Comércio (4.726/1965), criou o Registro das Empresas Mercantis e Atividades Afins para nele serem arquivados, salvo exceções previstas em outra lei, as declarações de firma individual e os atos constitutivos de cooperativas e de sociedades comerciais, independentemente de seu objeto.

---

A questão do que seria uma sociedade mercantil ou civil não ficou por essa lei resolvida, como chegaram a afirmar alguns doutrinadores (THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS, *A comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. Caderno Especial da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro*, n. 236, p. 3; JOÃO BATISTA MORELLO NETTO, *Registro público de empresas mercantis e atividades afins*, RDM v. 96, p. 75-76). Como observei na ocasião, “trata-se de visão equivocada, já que, ao determinar que fossem arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis todos os atos constitutivos de sociedades de forma mercantil, independentemente do objeto, o legislador simplesmente

---

definiu o local de registro dessas sociedades, sem dispor que lhes fosse aplicado o regime jurídico próprio das sociedades comerciais (*Lições de direito societário*, v. 1, p. 42, n. 15).

Essa enumeração poderia prosseguir com a indicação de outras leis, mesmo de outros ramos do direito, como a Lei 1.521/1951, que dispôs sobre os crimes contra a economia popular (que, por exemplo, introduziu restrições à noção do direito de propriedade relativamente aos bens destinados ao abastecimento do mercado), a Lei 6.938/1981, alterada em parte pela Lei 9.605/1998, que tratou da responsabilidade da empresa por danos ambientais, e as Leis 4.137/1962, 8.002/1990, 8.158/1991 e 8.884/1994 (hoje substituída pela Lei 12.529/2011), que regularam a repressão do abuso do poder econômico praticado por empresas em geral (com regras sobre práticas comerciais restritivas da concorrência, aumento arbitrário de lucros etc.), todas influenciando ou repercutindo na delimitação do conteúdo do direito comercial no ordenamento jurídico nacional.

Porém, dentre todas essas alterações, a mais recente e importante foi a que veio com o Código Civil de 2002. Nessa oportunidade, o eixo das atenções do direito comercial *legislado* abandonou sua vinculação às bases de 1850 (mercancia, comerciante, matéria de comércio, atos de comércio), que ao intérprete tanta perplexidade trouxeram, para centrar-se na figura do empresário, compreendido como aquele que desenvolve organizadamente uma atividade econômica de produção ou de circulação de bens ou de serviços no mercado. Foi afastado, assim, o resquício individualista, que ainda impregnava nossa legislação ordinária, para relevar, no contexto da atividade econômica, a estrutura empresarial como engrenagem de movimentação das riquezas.

É preciso considerar, contudo, que a determinação do conteúdo do direito comercial não se pode restringir à análise da matéria tratada pelo referido Código, uma vez que, por causa do regramento parcial nele contido, para esse mister é indispensável levar em conta, não só as regras previstas em leis extravagantes mantidas em vigor, “referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis”

(CC, art. 2.037), como ainda, e sobretudo, as disposições constitucionais definidoras da ordem econômica adotada em nosso País.

Por isso, além das referências legislativas que influíram no caminho evolutivo do direito comercial brasileiro, é importante que sejam observadas e colocadas em destaque, as mutações verificadas no *plano constitucional*, onde permeiam normas norteadoras de toda nossa legislação ordinária.

### XIX. As Constituições brasileiras

É bom não esquecer que, quando do advento do nosso Código Comercial, vigorava a Constituição Imperial de 1824. De lá para hoje verificaram-se mudanças substanciais, não só relativas à estrutura do Estado, mas também de suas diretrizes jurídicas, econômicas, sociais e políticas.

Se, por um lado, desde a independência, o Brasil seguiu a filosofia do liberalismo econômico, de outro, só na Carta Política de 1930 o “sopro da socialização” fertilizou esse modelo (JOSAPHAT MARINHO, *A ordem econômica nas constituições brasileiras. Revista de Direito Público*, v. 19, p. 50-59) e, apenas a partir da Constituição de 1934, sob a influência da Constituição de Weimar, é que foram consignados os primeiros princípios e normas sobre a ordem econômica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 666).

Nossa doutrina comercialista, no entanto, preocupada com a análise das leis ordinárias que se entulhavam na regulação e no aperfeiçoamento das relações jurídico-privadas de natureza econômica, descurou-se, com raríssimas exceções, dos referenciais constitucionais que deviam ser tomados em conta para o balizamento e para a perfeita compreensão dessa matéria. Como é sabido, esses referenciais constitucionais, essencialmente a partir do advento da nossa Carta Política de 1988, e do desenvolvimento da chamada teoria material da Constituição (na linha da concepção normativo-realista, pensamento jurídico que orienta esta exposição – item II *supra*), apontam para os valores igualitários de Justiça, ou seja, para aqueles valores que, antes desprezados pela visão marcadamente formalista do direito (no apogeu do positivismo), culminaram por se constitucionalizar em

princípios que, por isso, não mais podem ficar relegados ao simples papel de preencher lacunas da legislação infraconstitucional, mas se alçam à condição de regras condutoras da aplicação e do alcance das próprias disposições constitucionais, na moderna concepção de um “Estado principialista”, como bem o define PAULO BONAVIDES (*Curso de direito constitucional*, p. 17-19).

Toda nossa legislação ordinária, pouco importando o ramo do direito onde se insira, está subordinada, portanto, à observância desses *princípios*, desses comandos contidos na Constituição, que têm de ser por ela respeitados e que influem decisivamente no seu alcance e na sua interpretação.

Nossa Lei Fundamental destaca, dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito que adotou, a livre iniciativa (art. 1.º, IV), a construção de uma sociedade mais justa (art. 3.º, I), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5.º, XIII) e a defesa dos direitos do consumidor (art. 5.º, XXXII). Mais adiante, ao regular a atividade econômica, garante a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos). Do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional implícito da *preservação da empresa*, como forma de assegurar seu cumprimento.

Esses são, sem dúvida, os esteios do regime capitalista e liberal adotado, que culmina por assegurar “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, parágrafo único).

Mas essa liberdade de exercício da atividade econômica não é, por certo, absoluta. Impôs-lhe limites a própria Constituição, não só quando estabeleceu o monopólio da União Federal relativamente a certas atividades (art. 177 e incisos), mas também quando fixou os princípios que a condicionaram (art. 170 e incisos), bem assim quando ordenou a repressão do abuso do poder econômico visando à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4.º) e, ainda, quando determinou ao agente econômico atuação dentro dos limites de respeito ao meio ambiente, à economia popular, aos direitos do consumidor etc.

Vale lembrar que as Emendas Constitucionais 5 a 9, de 1995, e 36/2002 suprimiram várias das restrições que o texto original da CF/1988 impunha à iniciativa privada, seja pela eliminação das reservas de mercado concedidas às empresas brasileiras de capital nacional, seja pela quebra da maioria dos monopólios, mesmo no caso de terem simplesmente facultado a prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão – o que ampliou, em consequência, o campo da atividade pública a ser explorada por agentes particulares.

Com fulcro nessas diretrizes constitucionais e no conjunto de normas dispostas em diversas leis ordinárias, posteriores ao Código Comercial de 1850, já era possível determinar, mesmo antes da chegada do Código Civil de 2002, um novo âmbito de abrangência do direito comercial brasileiro, senão igual, muito próximo àquele ao qual se chega pela análise das legislações de outros países (n. XIV *supra*), com uma visão bem mais ampla e atualizada do que aquela que o vinculava ao quadro tradicional edificado com o desenvolvimento da teoria dos atos de comércio, da matéria de comércio e da figura individualista do comerciante. (Ver, do autor, *Apostamentos de direito comercial*, p. 72-74.)

## XX. Âmbito do direito comercial brasileiro

De todo esse apanhado pode-se dizer, em retrospecto, que o direito comercial brasileiro já há muito tempo deixara de ser o direito contido no Código Comercial. Para atender as sempre crescentes exigências do tráfico mercantil, diversas leis esparsas passaram a ser editadas, trazendo novas regras, revogadoras daquelas que entraram em vigor em 1850, e que deram os primeiros contornos de nossa disciplina no Brasil-colônia.

Apesar de os comercialistas pátrios, diante do problema da enumeração dos atos de comércio (dos atos considerados caracterizadores da mercancia), terem-na reputado exemplificativa pela necessidade de abranger as novas técnicas de comércio e novas formas de contratar surgidas com a prática mercantil, pouco se avançou na atualização do conteúdo do nosso direito comercial enquanto não revogadas, pelo Código Civil vigente, as bases do código oitocentista. Presas a um normativismo extremado, tanto a doutrina como

a jurisprudência supervenientes repudiaram a inclusão, no seu âmbito, de outras atividades, que floresceram com os usos do mercado, como as relativas a imóveis e a prestação de serviços.

Grande parte do equívoco provinha do relevo que era dado à enumeração dos atos de comércio nos arts. 19 e 20 do Regulamento 737/1850, que, como dito anteriormente, em face do conjunto das alterações legislativas ocorridas após a edição do Código Comercial, já se encontravam revogados (item XVII *supra*).

O Código Civil de 2002, ao trazer o empresário para o centro do sistema, definindo-o como quem exerce atividade econômica de forma organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, alterou os termos da polêmica: adotou como regra geral, o exercício organizado de toda e qualquer atividade econômica, independentemente da natureza dos atos que a identifiquem, excluindo do respectivo regime, apenas, os que desenvolvem atividade intelectual (art. 966, parágrafo único) e rural (arts. 971 e 984).

Sobre a nova polêmica, resultante da inserção dos que se dedicam à atividade intelectual no regime jurídico do empresário “quando o exercício da profissão constituir elemento de empresa”, reporto-me aos comentários ao art. 966, que vêm adiante (n. 5 *infra*).

De todo modo, voltou-se o Código Civil para regular o protagonista da atividade econômica, o que acentua o abandono do cunho objetivista que, segundo a maioria dos doutrinadores pátrios, teria ingressado no sistema jurídico brasileiro pela enumeração dos atos de mercancia contida nos referidos dispositivos do Regulamento 737. Assim, se ainda tinham algum, perderam todo sentido as discussões acerca dos atos de comércio para a delimitação da matéria de comércio que estaria submetida ao seu tratamento. Matéria de comércio é só e toda aquela que se contém no desenrolar da atuação profissional do empresário, ou, mais precisamente, do *agente econômico* em sua moderna concepção.

Não faz mais sentido, também, a inserção do direito marítimo na esfera de abrangência do

direito comercial, porquanto, sob o enfoque do empresário, seus limites têm outro traçado. As atividades econômicas desenvolvidas no mar ou no ar ficam submetidas ao direito de empresa, se exercidas por um agente econômico com o preenchimento das exigências do art. 966 do Código Civil, com as particularidades próprias que possam possuir (como o perigo do mar, por exemplo). Os demais institutos do direito marítimo, do direito aeronáutico e de qualquer outro ramo do direito que não envolvam o exercício de atividade econômica sob forma de empresa não são afetados e continuam sujeitos à respectiva disciplina.

Mas não é só no Código Civil que se deve buscar o núcleo e o âmbito do direito comercial, ali designado de direito de empresa, e sim na legislação brasileira como um todo. Também não deve impressionar nem influenciar o raciocínio a *summa divisio*, isto é, a divisão clássica do direito nos dois grandes ramos – direito público e direito privado. É preciso lembrar, antes de tudo, que da prática do comércio em geral, do exercício organizado da atividade mercantil, isto é, da atividade econômica, cuida nossa Constituição em diversas passagens alheias a essa dicotomia. Nela, como visto, estão fixados os princípios vetores da ordem econômica constitucional, dentre eles o da busca do pleno emprego, da liberdade de iniciativa, da defesa do consumidor e do meio ambiente etc., bem como os limites que condicionam o empresário em sua atuação no mercado (monopólios, autorização, abuso do poder econômico, e assim por diante).

---

FABIO ULHOA COELHO é um dos primeiros comercialistas nacionais que, no estudo e no delineamento do direito empresarial, releva os “pressupostos constitucionais do regime jurídico-comercial” (*Manual de direito comercial*, n. 6, p. 15). A respeito dos princípios constitucionais orientadores da nossa ordem econômica, EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação de crítica*, n. 94-160, p. 214-322). O tema foi por mim enfrentado nos já referidos *Apontamentos de direito comercial* (p. 72-74).

---

Obtempero, a propósito, que essa visão mais ampla do direito de empresa não significa tentativa de estender suas fronteiras para con-

ter as normas que hoje compõem o chamado direito econômico, isto é, o direito público da economia, visto que sua essência (do direito de empresa) está na regulação das relações jurídicas privadas que se dão entre empresários e entre estes e os destinatários de suas atividades. A regulação do mercado, das práticas que se refletem no campo macroeconômico, não está pelo direito de empresa abrangida.

Não posso deixar de registrar, ainda, uma tendência de desmistificação da personalidade do agente econômico para estender o regime jurídico do direito de empresa às estruturas, como centros de imputação de interesse, notadamente no campo da responsabilidade civil, como já ocorre com as normas de proteção ao consumidor (CDC, art. 3.º) e do mercado em geral (Lei 12.529/2011, de Defesa da Concorrência, art. 31).

Sob a perspectiva de que o direito comercial regula o comerciante – *rectius*, que o atual direito comercial ou direito de empresa regula o empresário – no exercício de sua atividade profissional, devem-se determinar os contornos de seu conteúdo, portanto, a partir do regime econômico adotado pela Constituição brasileira. Como direito especial, há de abranger quem quer que, segundo a Constituição brasileira, seja considerado agente da atividade econômica na ordem privada. Numa interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais, extrai-se que por atividade há de se entender aquela exercida em caráter profissional, de modo constante e em série ou em escala, o que supõe organização e padronização, repelidas outras formas de atuação econômica pautadas em comportamentos pessoais e diferenciados ou no agir ocasional.

A depuração da atividade que requer tratamento peculiar veio a ser feita no Código Civil, ao afastar do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual (dificilmente prestada de modo repetitivo, por atos iguais e em massa) e quem se dedica à atividade rural (normalmente dependente de safras e suscetível de se exaurir em um ou poucos atos esporádicos de transferência da produção). Em parcial atendimento à regra constitucional de estímulo às microempresas e empresas de pequeno porte, o Código também previu tratamento mais informal ou menos rigoroso ao pequeno empresário (embo-

ra, como oportunamente será visto, essas figuras não se equivalham).

---

A atividade intelectual é pré-excluída do âmbito do direito comercial por não comportar, em regra, atuação organizada ou padronizada (CC, art. 966, parágrafo único). O pintor, o escritor, o advogado produzem de acordo com a aptidão, inspiração e disposição pessoais, de modo diferenciado – fatores que inviabilizam qualquer programação prévia de produção, apesar de o resultado de sua produção intelectual poder ser explorado empresarialmente.

A seu turno, o art. 970 do Código Civil determina que a lei assegure “tratamento favorecido, diferenciado e simplificado”, tanto ao empresário rural como “ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”, dispondo seu art. 971 que “o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que trata o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”. (Leia-se, a respeito, a tese de doutoramento em direito comercial de WILLE DUARTE COSTA sobre *A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural*).

---

Gravitando em torno do empresário (na nova figura de agente econômico, assim designada pela Constituição Federal), o direito de empresa trata, portanto, da sua pessoa (de seus direitos e obrigações enquanto profissional) e de tudo que envolve o exercício da atividade por ele abraçada: dos bens e das relações jurídicas a ela inerentes (do estabelecimento comercial e seus elementos, da atividade que exerce, *id est*, dos negócios jurídicos que, enquanto tal, celebra com terceiros etc.).

Já se observou que, desenvolvendo sua atividade, o empresário necessita de uma organização – ou seja, de uma estrutura que, em movimento, vem a ser a *empresa*, da qual decorrem as peculiaridades que justificam o tratamento especial de que cuida esse direito especial.

Novo paralelo com o direito comparado que, dado o cunho cosmopolita de nossa disciplina, presta forte contribuição para a interpretação de suas normas, mostra que, aqui como

alhures, essas peculiaridades são as mesmas, ressaltando a necessidade de tutela das negociações em massa realizadas pelo empresário no exercício da atividade econômica a que se dedica.

Por isso, também no Brasil, o direito de empresa, já pelas normas constitucionais antes referidas, já pelas novas disposições de leis ordinárias, está claramente voltado para disciplinar a figura do *agente econômico* que profissionalmente põe-se a realizar negócios em série, repetidos e uniformes, com conduta padronizada a lhe exigir a adoção de uma estrutura organizada (sob forma de empresa, portanto), e tudo aquilo que deriva dessa sua atividade.

Verifica-se, pela atenta observação da realidade, que nosso Código Civil, à semelhança do ocorrido nos sistemas estrangeiros do século passado, encampou os mesmos critérios para a qualificação do empresário, destinatário de suas normas: *qualitativo* (natureza da atividade e modo de exercício) e *quantitativo* (atuação em massa, em cadeia, que impõe adoção de comportamento padrão e organização para seu exercício) (item XV *supra*).

De resto, não se pode negar que, também no Brasil, esse direito acusa *mudação* constante do seu conteúdo. O empresário, sempre buscando aprimorar sua atividade para melhor enfrentar a concorrência e servir à clientela, dentro da ampla liberdade de contratar que lhe proporciona o regime econômico aqui adotado, cria ou importa da experiência internacional novas práticas, novas técnicas de comercialização, novas formas de produção e de circulação de riquezas, novas estruturas para atuar no mercado, daí nascendo novas espécies de contratos e novos institutos jurídicos que ao direito de empresa cumpre regular.

Essa constante, que se traduz no fenômeno da *ampliação* do campo de abrangência do direito comercial brasileiro, põe em evidência o lugar de destaque que deve ser reservado para os usos e práticas mercantis que precedem as leis que os consagram, como, também, a impossibilidade de que ocorra uma unificação total e permanente do direito obrigacional.

---

Questiona-se, por exemplo, se a teoria das nulidades não deve sofrer tratamento diferen-

ciado, à vista da impossibilidade de retorno à situação anterior ou, mais precisamente, de serem desconsiderados os efeitos já produzidos por relações jurídicas dinâmicas praticadas em série. Tenta-se, também, amenizar os efeitos do erro na manifestação de vontade para efeito de anulação de contratos. Por outro lado, há uma gama de novos contratos exclusivamente mercantis, ainda não contemplados em lei, além de outros já regrados, mas que ainda não têm aplicação geral. Era o que ocorria, por exemplo, com a alienação fiduciária em garantia, antes reservada a instituições financeiras e empresas de consórcio de bens de consumo duráveis, que o Código Civil generalizou sob a rubrica de propriedade fiduciária. E há também contratos normatizadores da atividade empresarial, estranhos à disciplina do direito comum, que estão a merecer a elaboração de uma teoria geral, contratos de duração que regulam o relacionamento entre empresas, de que são exemplos os de concessão mercantil, de distribuição, de franquia, de representação comercial, de centros comerciais, tudo sem contar com a questão da responsabilidade objetiva, que já teria sido introduzida em nosso País com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

As normas sobre contratos e obrigações mercantis, com o passar do tempo, tiveram sua aplicação estendida às relações entre particulares em geral e, naquilo que continham de especial, acabaram incorporando-se, pela *generalização*, ao direito comum, isto é, ao direito civil (item *l supra*). Foi o que ocorreu com muitas das disposições que figuravam no Código Comercial (então especiais), consolidando-se naquelas mais novas, do Código Civil de 1916, quando este veio a lume meio século depois, tudo resultando na unificação da matéria obrigacional com a chegada do Código Civil de 2002.

Aliás, nesse ponto, reitero que praticamente todas as disposições relativas às obrigações e contratos que se encontravam no Código Comercial decimonônico, não referentes a contratos tipicamente mercantis, já teriam sido revogadas com as disposições a respeito, consagradas pelo Código Civil de 1916. Não se trata de sustentar que a norma geral (do Código Civil) revogara a especial (do Código Comercial), mas de levar em consideração o fenômeno da generalização das normas comerciais, que já as tornara comuns,

influenciando a elaboração das subseqüentes disposições da lei civil editadas quase setenta anos depois.

De fato, uma análise cuidadosa e comparativa de ambas mostra que as regras sobre contratos e obrigações, que figuraram no Código Civil de 1916, estavam muito mais afinadas com as características próprias do direito comercial do que aquelas que no Código Comercial dormitaram por mais de século. Tome-se, como exemplo dessa assertiva o princípio do *dies interpellat pro homine*, consagrado no art. 960 do Código Civil de 1916, que se consonava muito mais com a exigência de celeridade das operações mercantis do que a velha regra do art. 138 do Código Comercial. Tratava-se de norma típica de direito comercial, aqui introduzida pioneiramente em nossa legislação para aplicação específica no campo do direito cambiário (Dec. 2.044/1908, art. 17), mas que já havia sido absorvida pelo direito comercial alienígena, influenciando a atualização das disposições do direito comum dos respectivos países, daí importadas por nós quando da elaboração de nosso Código Civil de 1916.

Em consequência disso, e tendo em conta que o direito comercial ou de empresa, como já demonstrado, é um direito especial em relação ao direito civil (ao direito comum), o que se generalizou deixou de ser objeto de seu tratamento.

Por isso, todas as regras e institutos mercantis que hoje têm aplicação geral, porque não decorrentes nem inseridos necessariamente no exercício da atividade profissional do comerciante, melhor dizendo, do empresário (como os títulos de crédito, as regras sobre contratos em geral etc.), não mais estão sujeitos ao seu disciplinamento; migraram para o direito comum, causando, portanto, a correspondente *redução* do conteúdo sobre o que antes versava aquele direito especial.

À exceção da duplicata e de outros títulos inerentes à atividade mercantil (como o conhecimento de frete, o conhecimento de depósito e o *warrant*), que ainda se contêm nos limites da esfera da atuação do empresário, todos os demais, como as cambiais – que lhes servem de base e cujas disposições lhes são supletivas – tiveram seu uso generalizado e suas regras são as mesmas, sejam elas emitidas em decorrência

de uma atividade mercantil ou em razão de um negócio jurídico isolado qualquer, celebrado entre particulares. Tanto elas quanto os demais títulos cambiariiformes estão sujeitos, portanto, a um único disciplinamento, embora específico para atender às peculiaridades que os envolvem, mas não mais podem ser considerados no âmbito de um direito especial próprio de empresários.

Não se consideram mais típicos de direito comercial, face à generalização, todos os contratos utilizados pelos particulares em geral, como a compra e venda, a permuta, a locação, bem como os títulos de crédito e os valores mobiliários. Não tendo mais o ranço objetivo, o direito comercial deixou de regular tais contratos, traçando normas para regulá-los apenas quando praticados repetidamente, em caráter profissional, no evolver da atividade econômica exercida pelo empresário. E aí há um arsenal de disposições no Código de Defesa do Consumidor que complementam as raras regras trazidas a respeito pelo Código Civil de 2002, todas de cunho nitidamente empresarial, que se devem reputar inseridas, por isso, no atual âmbito do direito de empresa.

---

Poucas e tímidas previsões do Código Civil são identificáveis como normas especiais, inerentes à atividade empresarial, valendo citar, a guisa de exemplo, as relativas aos contratos de adesão (arts. 423 e 424), a de resilição unilateral de contratos que impõem investimentos para sua execução (art. 473, parágrafo único) e a de venda de bem móvel por quem não seja proprietário (art. 1.268), que, em regra, não transfere a propriedade (norma geral), salvo se oferecido ao público, em leilão ou estabelecimento comercial (norma especial).

---

As novas exigências do atual estágio de evolução da economia, perante a ideologia e os postulados traçados pela Constituição, norteiam o atual núcleo do direito comercial. Elas se contêm:

(a) nas disposições relativas às *estruturas* para o exercício da atividade econômica;

(b) nas que determinam *limitações à atividade mercantil* do empresário ou da empresa (tomado esse último vocábulo aqui, excepcio-

nalmente, no sentido de protagonista da atividade econômica);

(c) nas regras relativas ao *regime jurídico especial* dos bens (v.g., estabelecimento comercial) e *contratos* dessa atividade decorrentes (como as que dizem respeito aos consumidores, destinatários da atuação profissional do empresário);

(d) ou nas que a ela são inerentes (como os denominados contratos “interempresariais”), relativas à proteção ambiental, definidoras da concorrência desleal ou ilícita, referentes às práticas comerciais abusivas e a outros comportamentos vedados pela lei que dispõe sobre o abuso do poder econômico (nas relações entre particulares, não abrangidas pelo direito econômico); bem como;

(e) nas disposições protetoras do crédito da população (referentes ao tratamento do empresário insolvente, como a falência, a recuperação empresarial, a intervenção e a liquidação extrajudiciais), guiadas pelo princípio constitucional implícito da preservação da empresa, e assim por diante.

Remanescem, por isso, no campo do direito de empresa os contratos exclusiva ou tipicamente empresariais, como o de faturização, os bancários em geral e os demais que só são celebrados no desenrolar da atividade profissional do empresário. Nesse ponto, assumem particular destaque os acima referidos contratos entre empresas, como os de franquia, concessão mercantil, distribuição e representação comercial, só este último tratado pelo Código Civil, no gênero do denominado contrato de agência (arts. 710 a 721).

Os demais institutos contemplados em leis esparsas, referentes a comerciantes, a sociedades comerciais e atividades mercantis continuam em vigor (CC, art. 2.037) e integrando o conteúdo do direito comercial brasileiro, mesmo sob a roupagem de direito de empresa (PAULO SALLES DE TOLEDO, *A empresa e o empresário no novo Código Civil. Aspectos controvertidos do novo Código Civil*, n. 8, p. 500-501), cuja essência será objeto dos comentários que são feitos a seguir, de forma analítica, artigo por artigo.