

OBRAS DA AUTORA

- Contrato de distribuição. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
Direito concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Ed. RT, 2007.
O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005 (com Eros Roberto Grau).
Os fundamentos do antitruste. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
Sociedade por ações – Jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: Ed. RT, 1999 (com Paulo de Lorenzo Messina).

PASTA Nº.: 24
QTDE.FLS.: 10

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

Forgioni, Paula Andrea
A evolução do direito comercial brasileiro : da mercancia ao mercado / Paula Andrea Forgioni ; prefácio Eros Roberto Grau. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3449-2

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

09-02557

CDU-347.7(81)

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

Paula A. Forgioni

OBRIGATORIA

AULA 01

DOO 0219

A EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO:

Da mercancia ao mercado

Prefácio:

EROS ROBERTO GRAU



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

chegar à disciplina jurídica, sem maiores digressões sobre o funcionamento do sistema na sua completude. A teoria geral do direito mercantil identifica-se e confunde-se com a mera explicação de seu objeto ou de parte dele.

Não temos a pretensão de suprir lacuna que vem de séculos; no entanto, é necessário pontuar alguns *pressupostos teóricos* que marcam o desenvolvimento deste trabalho, deixando claros certos *fragmentos de teoria geral do direito comercial*² subjacentes à exposição.

2. O primeiro diz respeito ao *escopo da disciplina*. Desde sua origem, o direito comercial liga-se ao *mercado*, ordenando a dinâmica estabelecida entre os *mercadores*. Seu objetivo sempre se relacionou à tutela do *tráfico econômico*, ou seja, à defesa do *"interesse geral do comércio"*, na expressão de Carvalho de Mendonça.³ Por essa razão, Teixeira de Freitas advertia que a proteção liberalizada pelo Código Comercial era *em favor do comércio* — e não dos comerciantes.^{4,5} Por todos, sempre Cairu:

2. Ruma-se para uma doutrina "efetiva" do direito comercial, "fundada na observação das funções do Direito da sociedade" (sobre a doutrina "efetiva" do direito, v. Eros Roberto Grau, O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito, 44). Uma teoria baseada em conceitos que são gerais, construídos a partir da observação da realidade e que, em seu conjunto, destinam-se a "ser um instrumento para o cumprimento da função do jurista", explicando, a um só tempo, o direito comercial em suas três dimensões, adiante referidas (a frase entre aspas é de Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 4).

3. Expressão que será utilizada por diversas vezes ao longo deste trabalho (*Dos livros dos comerciantes*, 6).

4. *Aditamentos ao Código do Comercio*, vol. 1, 322.

5. No mesmo sentido, Montesquieu afirma, em seu *De l'esprit des lois*, que os ingleses restringem o mercador, mas o fazem em favor do comércio: "La liberté du commerce n'est pas une faculté accordée aux négociants de faire ce qu'ils veulent; ce serait bien plutôt sa servitude. Ce qui gêne le commerçant ne gêne pas pour cela le

"A liberdade do Commercio não he huma faculdade concedida aos Negociantes para fazer o que quizerem; isso seria antes sua real servidão. O que incommoda ao Commerciante, não grava por isso o Commercio".⁶

O direito, no modo de produção capitalista, instrumenta o *desenvolvimento das relações de mercado*.⁷⁻⁸ "[A] intervenção do Estado na vida econômica é um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança."⁹ Nesse quadro, o *direito comercial não é exceção*.

O direito mercantil não é concebido para socorrer o agente individualmente considerado, mas o *funcionamento do mercado*; o interesse da empresa é protegido na medida em que implica o *bem do tráfico mercantil*.

O patrimônio jurídico¹⁰ do direito comercial deve ser analisado sob essa ótica; o ordenamento considerará e admitirá a

commerce. C'est dans les pays de la liberté que le négociant trouve des contradictions sans nombre; et il n'est jamais moins croisé par les lois que dans les pays de la servitude. L'Angleterre défend de faire sortir ses laines; elle veut que le charbon soit transporté par mer dans la capitale; elle ne permet point la sortie de ses chevaux, s'ils ne sont coupés; les vaisseaux de ses colonies qui commercerent en Europe, doivent mouiller en Angleterre. Elle gêne le négociant, mais c'est en faveur du commerce" (livro XX, capítulo XII, destacamos).

6. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, vol. 2, 875.

7. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 20.

8. "Legge intese a proteggere lo scambio mercantile si fano risalire ad ogni buon sovrano" (Berardino Libonati, La categoria del diritto commerciale, 9).

9. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 278.

10. Expressão de Camille Jauffret-Spinozi, *Theorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes*, 39.

racionalidade econômica do agente apenas enquanto mostrar-se útil ao sistema, dentro da racionalidade jurídica.

Mesmo normas que tutelam empresas em situação de inferioridade, como a repressão ao abuso da dependência econômica, de fato visam a incrementar as garantias para a atuação no mercado, impedindo que tenham lugar explorações desestimuladoras do tráfico.

Poderíamos seguir analisando inúmeros institutos, desde a coibição do abuso do poder econômico até a disciplina dos contratos e das sociedades comerciais. Alcançaríamos sempre a mesma conclusão: o direito mercantil não busca a proteção dos agentes econômicos singularmente considerados, mas da torrente de suas relações. *Dito com a tutela que se dá no âmbito econômico.*

3. A expressão *direito comercial* comporta múltiplos e indissociáveis sentidos, desdobrando-se em três vertentes: [i] direito comercial como ciência; [ii] direito comercial como nível do todo social, dimensão da realidade e [iii] direito comercial como conjunto de regras e de princípios que disciplinam a atividade mercantil.

O direito comercial é uma dimensão da realidade, na qual se imiscuem fatos, regras exógenas e endógenas, o comportamento dos agentes econômicos e outros aspectos ligados a essa mesma realidade; nível de um todo complexo, da estrutura social global.¹¹ Compõe-se e resulta da sua interação com os demais níveis desse todo, sendo "sempre, fruto de uma determinada cultura" e de sua história.¹²

Ao mesmo tempo, o direito comercial é o estudo dessa dimensão da vida social e, neste prisma, realiza-se como ciência.¹³

11. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 56 e ss.

12. Cf. Paolo Grossi, *Lordine giuridico medievale*, 18 e ss.

13. Quanto à especificidade do método do direito comercial, v. o clássico trabalho de Lorenzo Mossa, *Scienze e metodi del diritto commerciale*, publicado em 1941.

Sempre com Eros Roberto Grau, lembramos que, tal como a botânica é a ciência que estuda as plantas, o direito comercial é a ciência que estuda uma realidade.¹⁴

O terceiro sentido que a expressão direito comercial assume geralmente interessa mais de perto aos juristas, ligando-se às normas que o compõem. Aqui, desempenha seu papel como conjunto de regras e de princípios jurídicos que regem a organização das empresas e as relações entre empresas, no âmbito do mercado.¹⁵

14. "O direito não é uma ciência. O direito é estudado e descrito; é, assim, tomado como objeto de uma ciência, a chamada ciência do direito" (*O direito posto e o direito pressuposto*, 36).

15. A doutrina comercialista vale-se da expressão "princípios jurídicos" no sentido de vetores (linhas diretrizes) da ordem mercantil. Neste momento, vale repisar que os princípios de direito são normas jurídicas e, como tal, encontradas no seio do ordenamento (e não fora dele) (Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 136 e s.).

É clássica a explicação de Canotilho sobre as regras e os princípios jurídicos. "O sistema jurídico é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras" (*Direito constitucional*, 165), sendo certo que a distinção entre regras e princípios se dá entre duas espécies de normas. Os princípios são normas com grau de abstração elevado, enquanto as regras possuem grau de abstração relativamente reduzido. As regras são suscetíveis de aplicação direta, por terem maior "grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto", ao passo que os princípios carecem de mediações concretizadoras por serem vagos e indeterminados. "Os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes [...] ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico." Por fim, os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, ou seja, são dotados de "natureza normogênica" (165 e s.). Sobre o tema, v. também Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 131 e s.

4. O direito comercial não está relacionado a toda a ordem jurídica do mercado, mas apenas a parte dela. Isso significa que há regras que informam¹⁶ a atuação dos agentes econômicos (i.e., dos entes que atuam no mercado) e que não pertencem à matéria.

Da forma como fez Ascarelli no passado,¹⁷ afastando a identificação do direito mercantil com a disciplina jurídica das empresas, devemos refutar a idéia de que o direito comercial seria o *direito do mercado*, todo ele: há aspectos seus que simplesmente não se coadunam com a matéria comercial. *O objeto do direito mercantil não é toda a ordem jurídica do mercado, mas apenas aquela que tem a ver com a organização da empresa e com a interação entre empresas.*¹⁸

Retomando outra concepção também difundida por Ascarelli¹⁹ no século passado, tomamos como pressuposto que

Para fins de análise da ordem jurídica do mercado, destaque-se que os princípios jurídicos: [i] influenciam o processo interpretativo em seu aspecto *declarativo e criativo*. Ao orientar a atividade interpretativa, os princípios penetram e norteiam as decisões que, por serem por eles plasmadas, guardam entre si certa coerência sistêmica; e [ii] em alguns casos, não apenas apresentam limites para a atuação das empresas, mas são *fontes de deveres jurídicos* a serem observados no desenvolvimento de sua atividade.

16. Na expressão de Newton de Lucca.

17. *Panorama do direito comercial*, 18.

18. O embasamento dessa assertiva tornar-se-á claro ao longo deste trabalho, quando destacarmos o processo de consolidação do direito do consumidor e alguns cismas do direito contratual.

19. “[C]iò che determina la nascita di un diritto speciale è non già la semplice peculiarità tecnica della materia, ma la novità dei principi giuridici, novità di principi giuridici che si afferma in relazione ad una determinata materia, ma che non è limitata a questa; principi giuridici che trovano in relazione a una determinata materia il proprio primo e più intenso campo di applicazione, ma che sono suscettibili di applicazioni e sviluppi ulteriori.” “E dunque innanzi tutto sulla

um ramo autônomo do direito resta caracterizado por manter funcionamento peculiar; uma matéria justifica-se como tal na medida em que é regida por *princípios próprios*, desvelando *especificidade intrínseca*²⁰ – “lógica autônoma e princípios orgânicos”, na súpula de Irti.²¹ Ou, como prefere Oscar Barreto Filho, “a existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica”.²² Um direito especial nasce em virtude da singularidade de seus *princípios jurídicos*.

Gravitando cada ramo do direito ao redor de sua lógica própria, a identificação de seus princípios peculiares é necessária para a calibração das várias disciplinas jurídicas. Não se trata de lotear o direito à força, dividindo-o em áreas artificialmente estanques, mas de reconhecer, como apontado por Teixeira de Freitas, que “coisas diversas, e distintas, distintamente se devem tratar”.²³ Deveras, “a regulamentação jurídica não pode transcurar a realidade econômica e social e não pode, portanto, sujeitar a idêntica disciplina fenômenos essencialmente diversos”.²⁴ A relação entre empresas aparta-se daquela estabelecida entre as empresas e os consumidores, ou entre a empresa e os trabalhadores.

A diversidade das disciplinas decorre não apenas da disparidade entre as leis que as regem (autonomia formal), mas

specialità dei suoi principi che si può fondare l'esistenza di un diritto speciale: principi speciali, frutto a loro volta di una speciale mentalità storica” (Tullio Ascarelli, “La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale”, 5-6). V. também, *Panorama do direito comercial*, 24.

20. Cerami e Petrucci, *Lezioni di diritto commerciale romano*, 7.

21. *L'età della decodificazione*, 39.

22. A dignidade do direito mercantil, 17.

23. *Regras de direito*, 253.

24. Ferri, *Direito commerciale*, 8. No mesmo sentido, Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, 14.

da dessemelhança dos princípios, dos vetores jurídicos que dão vida às relações por elas ordenadas (autonomia material).²⁵

No seio da dimensão jurídica existem subistemas que, embora conexos, mantêm *coerência lógica interna e peculiar*. Ou seja, há *pólos de concentração de princípios*, em torno dos quais vão se espalhando os vários setores jurídicos, muitas vezes sobrepondo-se entre si.

Para explicar essa realidade, podemos nos valer da imagem de uma série de círculos não concêntricos, cada qual irradiando princípios para além de suas fronteiras; esses princípios mesclar-se-ão àqueles expandidos a partir dos demais círculos, embaçando as linhas que, em um primeiro momento, se prestariam à identificação dos extremos de cada figura. Para o seu estudioso, o *direito comercial aparecerá como um desses centros*.

A disciplina jurídica das relações econômicas exige a correta delimitação desses pólos de concentração principiológica, pois a desatenção às diretrizes específicas de cada área coloca-nos diante de lodo disforme, sobre o qual a atuação do direito seria desastrosa.

5. Há limites à ordem jurídica do mercado, postos pelo *direito estatal*.

O direito comercial marca-se por forte *tradição liberal*. Nessa toada, seu cerne seria constituído quase que exclusivamente por regras e princípios brotados da praxe dos agentes econômicos. A visão tradicional carrega consigo a ideia de que se deve evitar a intervenção sobre o mercado, entregando a disciplina das empresas a elas próprias: maior o espaço deixado à autonomia privada, mais azeitado seria o fluxo de relações

²⁵. Sobre as diferenças entre autonomia formal e autonomia material, v. Oscar Barreto Filho, *Teoria do estabelecimento comercial*, 16, e também Cerami e Petrucci, *Lezioni di diritto commerciale romano*, 12 e s.

econômicas. Contudo, essa postura não é aqui adotada, reconhecendo-se a inafastável importância das normas exógenas ao mercado para sua existência e disciplina.²⁶⁻²⁷

26. O direito comercial, mesmo em sua origem, sempre foi limitado pelas normas exógenas. Essa é a opinião da melhor doutrina. Por todos, Paul Rehme: "No direito mercantil germânico predominou em princípio, o mesmo que nos povos mediterrâneos, o elemento público. No direito das cidades alemãs, aparece sempre como dominante a ideia de que o comércio é uma atividade pública e que sua proteção e cuidado é matéria que corresponde à administração da cidade. [...] Toda a criação do direito está, ademais, dominada pela ideia de que a autoridade é chamada a ditar as medidas de segurança contra atos de má-fé. Assim, é vedado — na Alemanha e em outros países —, sob pena de incorrer em castigo público, utilizar pesos e medidas diversas daquelas normais (as verificadas pela autoridade). Existe, também, uma inspeção oficial de mercadorias, sobretudo, de produtos alimentícios". "Se muitas dessas normas [...] implicam limitações, mais ou menos consideráveis, da liberdade de comércio, não é menos certo que a política econômica das cidades, fiel às suas ideias diretrizes, acabou por adotar medidas endereçadas de um modo imediato contra o egoísmo dos comerciantes, que representava um perigo geral" (*Historia universal del derecho mercantil*, 123 e ss.). Sobre esse tema, discorremos em nosso artigo "A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro", indicando, a título exemplificativo, várias regras vigentes nas cidades italianas que disciplinavam a atividade mercantil. Recorde-se a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos, e a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das cruzadas tivessem pão a um preço não excessivo. Saporiti relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; também em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. Empregava-se o mecanismo das feiras para evitar abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade, com a imposição da liquidação da mercadoria antes do

Essa perspectiva permite concluir que o direito comercial longe está de ser apenas servo do mercado ou da *racionalidade econômica*. Sua missão não é a de mero abençoador do comportamento dos agentes, como se o mercado independesse de balizamentos.

No Brasil, o direito mercantil subordina-se e insere-se nos parâmetros do art. 170 e também dos arts. 1.º e 3.º da Constituição. Em uma frase: assim como toda a ordem jurídica, o

final da feira. Os comerciantes eram obrigados a contratar funcionários públicos para pesar suas mercadorias (Clive Day, *Historia del comercio*, 51). Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que determinada categoria profissional poderia obter para "tutela dos consumidores menos abastados" (Sapori, *Studi di storia economica*, 222). Ainda sobre as limitações impostas às corporações, v. Antonio Padoa Schioppa, *Saggi di storia del diritto commerciale*, 26 e s., Pietro Bonfante, *Storia del commercio*, 243, e Henri Pirenne, *Historia econômica e social da Idade Média*, 192. Por fim, destaque-se a lição de Francesco Calasso: "Se la corporazione, per la sua destinazione stessa, era un ordinamento completo e chiuso, è evidente che, dovendo svolgere la propria vita, economica e giuridica, entro l'orbita dell'ordinamento comunale, era obbligata a fare i conti con questo" (*Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 145). Braudel anota que "the urban authorities [...] were determined to defend consumers" (*The wheels of commerce*, 62).

27. Essa observação é válida também para o comércio internacional. Com efeito, adverte Hermes Marcelo Huck que "[a] argumentação em favor de uma *lex mercatoria*, totalmente livre e desvinculada de peias com o Estado, não dimensiona adequadamente o papel que este continua a exercer no comércio internacional moderno. A despeito das manifestações desestatizantes que ocorrem em todos os níveis e quadrantes, em nenhum momento se pode ignorar o papel multifacetado que o Estado desempenha no comércio internacional, seja como poder jurisdicional, limitando e regulando o comércio que por suas fronteiras flui, seja através de práticas e políticas tributárias, normas alfandegárias etc. Mesmo o mais liberal dos Estados intervém no comércio internacional [...]" (*Sentença estrangeira e lex mercatoria*, 110).

direito comercial, especialmente em sua dimensão exógena, aí está para *subjugar os determinismos econômicos e implementar políticas públicas* – outras além do mero apoio ao desempenho das atividades econômicas privadas.²⁸⁻²⁹

A função do direito comercial ata-se, assim, à *implementação de políticas públicas*; não se esgota na busca do incremento do tráfico, desdobrando-se também na determinação do papel que o mercado desempenhará na alocação dos recursos em sociedade.

28. Na síntese de Eros Roberto Grau: "(i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos" (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, 32). V., também, Eros Roberto Grau, O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito, 47. Por sua vez, explica Fábio Nusdeo: "[...] não se conteve o Estado naquele papel de relativa neutralidade e platonismo. Aberto o caminho para a sua entrada no sistema, passa gradualmente a assumir um segundo papel, dentro do qual marca presença ao impor finalidades outras que não a de mero suprimento de condições para superar as imperfeições anteriormente apontadas. Trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos de política econômica bem definidos para análise, impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas os naturais ou espontâneos, para se afeioarem às metas fixadas" (*Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, 25).

29. Nesse sentido, o direito comercial e o direito econômico se entrelaçam em fenômeno explicado por Fábio Nusdeo. O direito econômico é um "ramo sui generis, ou seja, tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros

6. *A racionalidade jurídica não se identifica com a racionalidade econômica*,³⁰ pois o direito mercantil empenha-se na concreção da primeira.

Embora inexistia consenso entre os economistas sobre o parâmetro da eficiência e sobre seu corolário, a racionalidade econômica,³¹ admite-se que esta se constrói a partir do *individualismo metodológico*,³² pressupõe-se que o comportamento

ramos jurídicos, marcando-os porém com seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica". Valendo-se das lições de Finzi, Nusdeo vê o direito econômico como "*un taglio trasversale*, isto é, um corte transversal na árvore do Direito, como que seccionando os seus vários ramos para matizá-los com um colorido diverso, uma marca especial que antes não ostentavam. Ele é, assim, um ramo intrínseco com relação aos demais, mas não estranho à árvore, porque sai diretamente do tronco consuetudinário, precisamente da chamada constituição econômica [...]” (*Curso de economia*, 238 e ss.). Vale ainda lembrar a lição de Comparato, para quem o direito econômico pode ser visto como método ou como técnica. É método porque qualquer ato ou fato jurídico pode ser analisado conforme a política pública que se presta a implementar. É também técnica na medida em que compreende aquelas de que lança mão o Estado para a implementação de políticas públicas (O indispensável direito econômico, 453).

30. Cf. Paula A. Forgioni, *Contrato de distribuição*, 541 e ss.

31. Indispensável a análise do estudo de Joanne Schroeder sobre o conceito de racionalidade na doutrina econômica e das variações que sofreu com o tempo (Economic rationality in law and economics scholarship).

32. “L’analyse économique se base sur la thèse de l’individualisme méthodologique, pour étudier les comportements régulés par la règle de droit et, partant, chercher le rôle de la règle de droit. De ce fait, elle postule les hommes rationnels, hypothèse qui ne prétend pas exalter l’intelligence humaine, mais signifie simplement que les individus sont tendus par un désir de maximiser leur richesse. Ou, plus exactement, que les hommes se conduisent comme si ils étaient mus par un désir de maximiser leur richesse. L’analyse économique se fait ainsi la science du calcul individuel, lequel

econômico global é resultado da consideração conjunta de todas as decisões individuais e que cada agente persegue exclusiva e egoisticamente a satisfação de seu interesse.³³⁻³⁴

Para o sistema jurídico, a única racionalidade do agente econômico é aquela *condicionada pelo ordenamento*; não é admitida uma racionalidade “ilegal”, contrária às regras e aos princípios do direito.

A economia trata das possíveis escolhas do agente econômico: “[m]entir, enganar, trapacear são ações esperadas se forem do interesse do indivíduo”.³⁵ Para o direito, a escolha da melhor conduta toca ao ordenamento, que elege determinados modelos comportamentais como adequados.

Por exemplo, o economista cogita que o agente econômico pode ou não proceder conforme o parâmetro da boa-fé,

porte sur l’utilité procurée par le comportement” (Jamel-Légac, De l’utilité de la bonne foi: une analyse économique de la bonne foi dans et pour l’exécution des contrats).

33. Por todos, Posner: “[t]he task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call his ‘self-interest’ [...] Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. [...] The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so” (*Economic analysis of law*, 3-4). Para Gary Becker, “now everyone more or less agrees that rational behavior simply implies consistent maximization of a well-ordered function, such as a utility or profit function” (*The economic approach to human behavior*, 153).

34. Maria Rosaria Ferrarese chega a sustentar que o princípio da racionalidade econômica é o *deus ex machina* e desempenha no mercado papel análogo ao da norma fundamental no sistema kelseniano (*Diritto e mercato*, 104).

35. Elizabeth Farina et al., *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, 78, explicando o oportunismo.

pressupondo que seu comportamento é resultante da relação entre o custo da conduta conforme a lei e o benefício dela decorrente.³⁶ Para o direito, a única alternativa aceita é aquela que respeita a boa-fé; a prática que a avilta será sancionada. Assim, a racionalidade jurídica considera a preferência do agente econômico *plasmada pelo direito* (e, portanto, pelos interesses dignos de tutela).

7. O método empregado neste trabalho pressupõe a utilização de instrumental econômico.

Qualquer discussão sobre o método próprio ao direito mercantil há de partir da lição de Vivante que, em sua famosa defeção publicada na 5.ª ed. do *Trattato di diritto commerciale*, destacou a importância do "espírito de indução e de observação" para o desenvolvimento da matéria. O direito comercial apresenta uma "imediata aderência coi fenomeni della vita, cogli schemi tipici degli istituti, che i grandi rami del commercio e dell'industria si foggiarono distintamente, e salgono lentamente a una superiore unità".³⁷ Ou seja, parte-se da *vida mercantil* para, sistematizando-a, elaborar *categorias jurídicas*.

Portanto, não é sem razão que muitos de nossos antigos mestres, ao iniciarem suas obras ou cursos sobre o direito mercantil, explanavam os conceitos econômicos necessários à sua absorção. Ademais, a raiz da economia e do direito comercial brasileiros são inegavelmente comuns: Visconde de Cairu, primeiro comercialista, é também considerado nosso primeiro economista.³⁸

36. O *homem econômico* é aquele que obedece às leis econômicas (*obey's economic laws*), afirma Knight, *Ethics and economic interpretation*, 35.

37. *Trattato di diritto commerciale*, vol. 1, Introdução.

38. Titular da cadeira de ciência econômica para ele especialmente criada por D. João VI (Decreto de 23.02.1808, com a rubrica do Príncipe Regente). Passa, então, José da Silva Lisboa a ocupar,

Já se disse não existir propriamente r e direito, pois, na realidade, "se imbrica formar um único campo de estudo".³⁹ Con condicione o direito, mas o direito condici estudos debruçam-se, assim, sobre a medida, as matérias servem-se mutuamente.....

No entanto, a razão da repulsa que vários juristas nutrem pela utilização do método econômico não se mostra totalmente descabida. Forte corrente doutrinária, ligada à Escola de Chicago, prega que a economia (i.e., a eficiência econômica) deveria determinar o fim último do direito, orientando a interpretação/aplicação de suas regras e formatando seus princípios.⁴¹ O direito seria "um súdito submisso e dependente daquilo que a análise econômica oferece".⁴² Opinião bastante espraiada identifica a Análise Econômica do Direito⁴³ com linha de pensamento que pugna por uma *teoria positiva do sistema jurídica a partir da perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica*.⁴⁴

cumulativamente, os cargos de Deputado e Secretário da Mesa da Inspeção da Agricultura e Comércio da Cidade da Bahia e a "propriedade e regência" da "Cadeira e Aula Pública" de ciência econômica na cidade do Rio de Janeiro.

39. Fábio Nusdeo, *Curso de economia*, 19.

40. Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 41.

41. Cf. Paula A. Forgioli, Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação?

42. Oliver Williamson, Por que direito, economia e organizações?, 17, criticando a visão de Richard Posner.

43. Freqüentemente, as expressões Análise Econômica do Direito e Escola de Chicago são empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade, cuja orientação destaca a falência da intervenção sobre a economia, celebrando o conúbio entre direito e eficiência.

44. Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*, 30.



L&E