



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO COMERCIAL - DOUTORADO**

TESE DE DOUTORADO

MARINA ZAVA DE FARIA

**A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E A (RE)CODIFICAÇÃO DO DIREITO
COMERCIAL BRASILEIRO**

ORIENTADOR: LIVRE-DOCENTE IVO WAISBERG

**SÃO PAULO-SP
2019**

MARINA ZAVA DE FARIA

**A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E A (RE)CODIFICAÇÃO DO DIREITO
COMERCIAL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Comercial, na linha de pesquisa Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis sob a orientação do Professor Livre-Docente Ivo Waisberg.

**SÃO PAULO-SP
2019**

MARINA ZAVA DE FARIA

**A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E A (RE)CODIFICAÇÃO DO DIREITO
COMERCIAL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na subárea Direito Comercial, na linha de pesquisa Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis sob a orientação do Professor Livre-Docente Ivo Waisberg.

Aprovado em: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Ivo Waisberg (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Doutor Marcus Elidius Michelli de Almeida

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Doutor Paulo Marcos Rodrigues Brancher

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Doutor André Antunes Soares de Camargo

Instituição: Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Doutor Marcelo Benacchio

Instituição: Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Livre Docente Ivo Waisberg, pela oportunidade, liberdade e confiança. A minha admiração e gratidão por você não cabem nas páginas desta tese.

Aos professores Dr. Fabio Ulhoa Coelho, Dr. Marcos Elidius Michelli de Almeida e Dr. Paulo Marcos Rodrigues Brancher, por todas as considerações e contribuições apresentadas nessa tese.

Ao programa de Doutorado em Direito Comercial e todos os professores pertencentes a ele.

Aos meus colegas de doutorado do PUC/SP, por todo conhecimento compartilhado, em especial ao colega e professor Dr. Luiz Gonzaga.

Aos meus alunos da PUC-GO (Pontifícia Universidade Católica de Goiás), UEG (Universidade Estadual de Goiás).

Ao Mayron Morais Damasceno por caminhar ao meu lado na trajetória do Direito Comercial, da pesquisa e do ensino.

A todos os meus amigos e amigas, em especial a Monica Ribeiro Paiva e o Jonathan Augusto.

Agradeço ao Rodrigo Ribeiro, por ser um grande incentivador do trabalho e estudos e por ter me fortalecido ao longo desta trajetória.

Por fim agradeço aos meus pais e irmão, pelo apoio incondicional ao longo de toda esta vida.

A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ela regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos.

(...) l'opportunità di conservare la bipartizione in quei paesi dell' America latina ove la preparazione e la pubblicazione di nuovi codici di commercio passa avere una funzione di stimolo e aiuto nell' evoluzione econômica.

Tullio Ascarelli

"Law, like friendship, has to be constantly cultivated and regularly renewed"
Roy Goode

"The code...one of the most important fruits of the human spirit"
Julio Cesar Rivera

SUMÁRIO

RESUMO	10
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO POLÍTICO-SOCIAL DO DIREITO COMERCIAL	19
1.1. AS ORIGENS DO COMÉRCIO E A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA	19
1.1.1 A sociedade grega e o povo fenício frente o comércio	29
1.1.2. Os romanos e a sua influência para o comércio	33
1.2. OS MERCADORES E AS CORPORações DE OFÍCIO	36
1.2.1. O comércio sob a regência dos usos e costumes	44
1.3. O IMPÉRIO DO ESTADO ABSOLUTISTA E A CONSAGRAÇÃO DOS ATOS DE COMÉRCIO	49
1.3.1. O alvorece do liberalismo econômico	55
1.3.2. A Codificação Napoleônica e o Direito Comercial	57
1.3.3. Código Comercial de 1850	64
1.4. O NEOLIBERALISMO, A EMPRESA CONTEMPORÂNEA E A TEORIA DA EMPRESA	71
1.4.1. As bases teóricas e históricas da unificação da codificação do Direito Privado	76
1.4.2. O Código Civil Italiano de 1942	84
1.4.3. A teoria poliédrica da empresa de Alberto Asquini	88
1.5 A MUTABILIDADE DINÂMICA DE UM NOVO MERCADO FRENTE UM NOVO DIREITO COMERCIAL	92
CAPÍTULO II – A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL	96

2.1. A AUTONOMIA DOS RAMOS DO DIREITO	97
2.1.1. Independência e autonomia	102
2.1.2. A importância da autonomia	106
2.1.3. As modalidades da autonomia	108
2.2. CAMINHOS E DESCAMINHOS DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL	113
2.3. A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL	121
CAPÍTULO III – O ENFRAQUECIMENTO DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL	131
3.1 UM ABANDONO AO CÓDIGO COMERCIAL FRENTE O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	132
3.1.1 O Direito Público e o Direito Privado	135
3.1.2 O propósito da unificação formal do Direito Privado	139
3.1.3 Os problemas do Direito Comercial frente o Código Civil de 2002..	145
3.2 O RETROCESSO DO DIREITO COMERCIAL	151
3.2.1 O esvaziamento das fontes do direito comercial.....	152
3.2.2 O desbotamento dos princípios comerciais.....	160
3.2.3 Os problemas para a jurisprudência.....	169
3.2.4 A insegurança para os investidores.....	180
3.3 QUE AUTONOMIA?	186
CAPÍTULO IV – A (RE)CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL E O RECRUESCIMENTO DOS VALORES DO DIREITO COMERCIAL..	189
4.1. CODIFICAÇÃO, DESCODIFICAÇÃO E RECODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL	191
4.1.1 O paralelo entre codificação e autonomia.....	208
4.1.2 A importância da codificação para autonomia.....	212
4.1.3 Algumas experiências internacionais	216

4.2 UMA (RE)CODIFICAÇÃO PARA REAFIRMAR A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL?	223
4.2.1 Da possibilidade de (re)codificar o Direito Comercial	234
4.2.2 Da oportunidade de (re)codificar o Direito Comercial	236
4.2.3 Da necessidade de (re)codificar o Direito Comercial	240
4.2.4 De que forma a codificação pode solucionar o retrocesso do Direito Comercial?	246
CONCLUSÃO	251
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	258

RESUMO

O presente trabalho busca discorrer acerca da (re)codificação do Direito Comercial visando o fortalecimento da autonomia do Direito Comercial bem como a efetividade e o recrudescimento dos seus valores. Defende-se, assim um novo Código comercial como centro vital do Direito Comercial alinhado com a Constituição Federal e que sirva de bússola para as demais legislações especiais. Nesse sentido, intentou-se discorrer sobre a autonomia do Direito Comercial; perpassou-se o estudo da sua origem, evolução, finalidade, espécies e regras, para compreender sua propagação ao longo do tempo e constatar se ela ainda persiste satisfatoriamente nos dias atuais. Ademais perquiriu-se acerca das disparidades, sutilezas e segregação entre os dois ramos do Direito Privado: o Comercial e o Civil. E, imergiu-se nas averiguações do cenário da codificação, descodificação e recodificação; perpassou-se a importância desses movimentos enquanto mecanismo centralizador e descentralizador, sua efetividade para a sociedade e o mercado, além dos efeitos ante a vigência e discrepância entre os Códigos gerais e as leis esparsas para constatar seu grau de importância na garantia da segurança jurídica e autonomia no cenário brasileiro. Para tanto, esta pesquisa abarcou, por meio do método descritivo e analítico, a investigação de revisões bibliográficas, artigos e revistas jurídicas acerca da história, evolução, vigência e características dos princípios, dos institutos e das particularidades do Direito Comercial, bem como de impactos legislativos junto à construção de argumentos jurídicos. Ante a interpretação dos dados, observou-se que no cenário brasileiro há a continuidade da autonomia do Direito Comercial, mesmo ela padecendo enfraquecida. Por esse motivo, mostra-se como alternativa, o intento de (re)aglutinar os mecanismos próprios do Direito Comercial por meio de um novo Código comercial. Portanto, frente ao perpassar desta pesquisa por quatro momentos específicos, concluiu-se que a recodificação comercial concentrará a capacidade de (re)estruturar e (re)afirmar os valores, a autonomia, os princípios, fontes e mecanismos próprios deste ramo jurídico, além de (re)avivar um mercado mais objetivo, concreto e palpável em suas perdas e ganhos para os diversos *players*.

Palavras-chave: Direito comercial. Autonomia. (Re)codificação.

ABSTRACT

This paper aims to discuss about the (re) codification of Commercial Law aiming at the strengthening of the autonomy of Commercial Law as well as the effectiveness and increasing of its values. Thus, a new Commercial Code is defended as a vital center of Commercial Law aligned with the Federal Constitution and serving as a compass for other special legislations. In this sense, the intention was to discuss the autonomy of commercial law; The study of its origin, evolution, purpose, species and rules was studied to understand its propagation over time and to verify if it still persists satisfactorily today. In addition it was inquired about the disparities, subtleties and segregation between the two branches of the Private Law: the Commercial and the Civil. And it immersed itself in the inquiries of the scenario of encoding, decoding and recoding; the importance of these movements as a centralizing and decentralizing mechanism, their effectiveness for society and the market, as well as their effects on the existence and discrepancy between the General Codes and the sparse laws, to ascertain their degree of importance in guaranteeing legal and autonomy in the Brazilian scenario. Therefore, this research included, through the descriptive and analytical method, the investigation of bibliographic reviews, articles and legal magazines about the history, evolution, validity and characteristics of the principles, institutes and particularities of Commercial Law, as well as impacts. together with the construction of legal arguments. Before the interpretation of the data, it was observed that in the Brazilian scenario there is the continuity of the autonomy of commercial law, even though it is weakened. For this reason, it is shown as an alternative, the intention to (re) unite the proper mechanisms of Commercial Law by means of a new Commercial Code. Therefore, considering this research for four specific moments, it was concluded that the commercial recoding will concentrate the ability to (re) structure and (re) affirm the values, autonomy, principles, sources and mechanisms of this legal field, besides to (re) stimulate a more objective, concrete and tangible market in its losses and gains for the various players.

Keywords: Commercial law. Autonomy. Recoding

INTRODUÇÃO

Comercializar é um verbo. Dele se pode prenotar inúmeros conceitos, mas, o primordial é o seu significado enquanto uma ação, algo praticado. É por meio dele que determinado produto primário será industrializado, distribuído e efetivamente posto à disposição dos consumidores nos centros comerciais, ou seja, o ato de comercializar constrói uma roda cíclica, fluída e contínua.

Seguindo Fábio Ulhoa Coelho¹, essas ações dependem de pessoas interessadas e dispostas ao ingresso em determinado mercado. Estas, por sua disposição, precisam estar preparadas, pois delas será demandado a compra de matérias primas, a industrialização, aquisição de maquinário e custo com força de trabalho, além de diversos outros fatores do qual o resultado do “jogo de mercado” é o lucro ou a perda.

Por essa razão, cada um desses atos praticados pelo empresário precisa ter como base a observação e adequação às normas de Direito vigente no país ao qual ele busca instaurar seu comércio, sua indústria ou distribuidora de produtos. Portanto, um dos grandes custos para o exercício dessa atividade econômica advém das regras impositivas do Direito, principalmente, as comerciais.

Ante essa percepção inicial a presente tese defende uma nova codificação do Direito Comercial, com a edição de um novo Código Comercial como centro vital do Direito Comercial alinhado com a Constituição Federal e que sirva de bussola para as demais legislações especiais. Assim a tese estará concentrada em demonstrar, expor e defender a recodificação do Direito Comercial - acerca do plano ideológico² - no qual o Código Comercial tem a importância de funcionar enquanto o centro vital que serve também como norma de reforço (aglutina regras, princípios e fontes) para robustecer e garantir de forma efetiva a autonomia do direito comercial, primando pela aplicação correta das normas ao afunilar um ambiente interpretativo comum permeado pela segurança jurídica de decisões.

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 20. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

² No plano do cenário brasileiro, regido pelo *civil law*, o Código se reveste enquanto o símbolo da materialidade máxima de determinado ramo do direito, pois é ele que traz a sua grandeza e opulência de ramo autônomo, ponto a ser abordado no Capítulo 2 dessa tese. Portanto, um Código Comercial se reveste dessa primazia de ser a representação da importância e substância.

Conseqüentemente, é preciso compreender e estudar a relação das normas comerciais no cenário brasileiro, pois, percebe-se um descrédito por parte do empresariado em poder garantir seus custos e suas ações (ter segurança jurídica) quando se organiza com base nas normas comerciais brasileiras.

Referida insegurança, conforme será trabalhado, estará centrada sobre (i) como as normas comerciais estão espalhadas em diversos diplomas esparsos; inexistindo um único documento (centro vital) do qual irradiam as regras gerais deste ramo. Chamando para si a atenção, o foco dos intérpretes e aplicadores. Há (ii) dificuldade em ter respaldo suficiente para entender qual a norma será devidamente aplicada perante o Poder Judiciário; não havendo uniformidade na interpretação. E, (iii) o Direito Comercial vem tendo os seus valores enfraquecidos em *prol*, principalmente, dos valores generalistas do Código Civil de 2002.

Por essas percepções a discussão apresentada tratará minuciosamente acerca da força e importância do Direito Comercial para o Ordenamento Jurídico Brasileiro com o intuito de investigar o possível enfraquecimento da sua autonomia e a possibilidade de (re)afirmá-la através das percepções e nuances do movimento recodificador, frente o qual se buscará assegurar e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país.

Essa discussão, embora não seja nova, será construída frente uma nova percepção de dialética e na investigação com base nas dicções, interpretações e percepções da importância da autonomia e da Codificação enquanto o substrato material por meio do qual um ramo do Direito poderá ter autonomia completa, efetiva e incontestável. Um centro do qual se possa irradiar os substratos generalistas, valores e princípios para todos os seus sub ramos.

Como ponto basilar, a pesquisa demanda um caminho, pois ele demonstra o passo a passo; são as minúcias existentes e abordadas em um documento. Ele se ocupa em responder à algumas perguntas, suscitar dúvidas, colher informações e tentar satisfazer aos objetivos apresentados.

Logo, em atenção aos pontos primordiais expostos como objetivo geral dessa pesquisa é fundamental destacar os problemas específicos que serviram de substrato para a investigação, cujo intuito é compreender qual o impacto da regulamentação cerrada no Código Civil de 2002 para a autonomia do Direito

Comercial (?). Em complemento, investigar-se-á se a unificação parcial da codificação do direito privado casou prejuízo à autonomia do Direito Comercial e se referida concentração acarretou em derrocada para a sua autonomia real e seu desenvolvimento. Continuamente, dever-se-á perquirir quais foram os prejuízos causados pela unificação parcial da codificação do direito privado.

Outrossim, no intuito de compreender com primazia o cerne da discussão entre codificação e autonomia, averiguar-se-á os seguintes problemas: qual a importância da codificação para o Direito Comercial? A recodificação proporcionará maior segurança para o ordenamento jurídico? A recodificação vai extirpar os problemas atuais e poderá facilitar a aplicação das fontes do direito comercial? O movimento de recodificação manterá a autonomia do Direito Comercial fora de qualquer dúvida? O movimento de recodificação fortalecerá o Direito Comercial?

Destes questionamentos sobrevém o emplastro contundente sob a qual a presente tese será desenvolvida, pois terá como respaldo o intuito e a busca por resposta para os questionamentos expostos.

Consequentemente, ante os problemas apontados, estipulou se os seguinte objetivos específicos: estudar a origem e evolução do direito comercial, discorrer sobre a finalidade e importância do direito comercial, analisar a sua autonomia no transcorrer da história até os dias atuais e interpretar suas regras específicas na atualidade; bem como, avaliar o impacto das regras do direito comercial para o direito custo da empresas, discorrer sobre o enfraquecimento da autonomia do direito comercial nos dias atuais e examinar sua relação para com a unificação parcial da codificação comercial e civil, verificar a importância dos Códigos na segurança jurídica de uma disciplina; defender a necessidade de uma nova codificação para o Direito Comercial e a efetivação dos ideais ventilados pelo movimento recodificador.

Neste sentido, quanto à metodologia, buscar-se-á perpassar um caminho totalmente construído com base na investigação histórico-comparativa de revisões bibliográficas, revistas jurídicas, artigos encontrados em sítios eletrônicos e anais de Congresso. Para, em sequência, se realizar a construção de uma análise crítica que perpassará pelas jurisprudências e legislações acerca dos pontos gerais e específicos expostos em seus objetivos.

Considerando o parâmetro geográfico, em um primeiro momento será abordado a totalidade mundial até a conseqüente afunilação de seus aspectos históricos exclusivamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, posto que este é o cenário primordial de investigação desta pesquisa. Desse modo, frente o uso do método descritivo e analítico, se tentará construir uma conclusão com os dados aglutinados.

Ante a exposição desses fatores que serviram à investigação, colheita de material e estudo, a presente tese será estruturada para expor as informações de modo linear em quatro capítulos específicos, contundentes, uniformes, interligados e complementares.

Por conseguinte, o primeiro capítulo tratará acerca da evolução político-social do Direito Comercial, perpassando pela origem do comércio e sua evolução até ser exercido enquanto uma atividade econômica. Abordar-se-á a importância dos povos antigos, principalmente os gregos, fenícios e romanos para a atualidade do Direito Comercial.

Continuamente, trataremos acerca do primeiro momento da materialização da atividade comercial (período subjetivo) através dos mercadores e sua matrícula nas corporações de ofício para terem o correlato respaldo legal (aplicação dos usos e costumes) concedido apenas aos devidamente inscritos.

Passado esse período se construíra um momento para demonstrar as mudanças sobrevindas ao comércio quando se instaurou a crise do Período Feudal e o império dos Estados Absolutistas, no limiar entre o absolutismo e o liberalismo. Momento do qual advém o alvorecer da livre-iniciativa com a concretização do primeiro Código Comercial promulgado por Napoleão Bonaparte onde imperou a vigência dos atos de comércio (período objetivo).

Oportunamente se ingressará no cenário do Ordenamento Jurídico Brasileiro para compreender a inserção desta pátria no mercado comercial após a sua vivência enquanto colônia de Portugal e, posteriormente, após a independência e promulgação do Código Comercial Brasileiro de 1850.

Seguindo no esteio da evolução da atividade comercial se passará a tratar sobre a mudança do pensamento ante a vigência do período neoliberal, além de analisar as mudanças voltadas a empresa contemporânea, principalmente após o

novo modo de exercer essa atividade, qual seja, a teoria da empresa (período subjetivo moderno). E, abarcará as discussões teóricas, críticas e jurídicas que permearam o intento de unificação relativa da codificação do Direito Privado, demonstrado como esses fatores vão se tornar presentes, vindouros e materializados nas sociedades afetadas em virtude do Código Comercial Italiano de 1942.

Por derradeiro, o final deste primeiro momento abordará os fatores hodiernos que demonstram a mutabilidade constante do mercado, principalmente com o contínuo uso da tecnologia, ante a busca pela primazia de uma nova forma de pensar os ideais, princípios e valores do Direito Comercial, além de tratar sobre a existência de normas capazes de assegurar a segurança jurídica dos diversos *players* no mercado.

No segundo capítulo se buscará tratar acerca da autonomia do Direito Comercial. Essa abordagem foi realizada ante a repartição deste capítulo em três momentos. No primeiro deles será tratado sobre o que é a autonomia de um ramo do Direito perpassando por alguns caminhos e exposições fundamentais acerca da diferença entre autonomia e independência; da importância da autonomia e da exposição de suas espécies.

Feita essa explanação, o segundo momento deste capítulo abordará os caminhos e descaminhos da autonomia do Direito Comercial, para esse objetivo haverá uma intercalação para com a parte histórica onde se demonstrará o que tornou esse ramo do Direito Privado autônomo e os momentos históricos de sua autonomia mais ferrenha, para, em sequência, demonstrar, expor e investigar quais fatores enfraqueceram essa autonomia e suas consequências.

Por conseguinte, se construíra um caminho para expor e analisar a importância, manutenção, permanência e finalidade da autonomia do Direito Comercial.

À medida que se construiu o primeiro e segundo capítulos com base numa visão crítica, jurídica, bibliográfica e objetiva acerca dos fatos extraídos ante a pesquisa realizada pode-se constatar percalços na autonomia do Direito Comercial. Desse modo, no terceiro capítulo, haverá uma exposição minuciosa do enfraquecimento dessa autonomia, motivos e consequências dessa condição.

Em sua construção optou-se por fragmentá-lo em três momentos. No primeiro se tratará, em âmbito geral, acerca do abandono do Código Comercial após o advento do Código Civil de 2002, para tanto, se perpassará pela investigação e exposição das diferenças entre Direito Público e Privado. Após, se estudará qual o propósito defendido para haver a unificação parcial da codificação do Direito Privado e se explanará acerca dos possíveis problemas causados para o Direito Comercial.

Como complemento, o segundo momento abordará os fatores que causaram o retrocesso do Direito Comercial. Por conseguinte, haverá uma exposição dos seguintes pontos principais: o esvaziamento das fontes próprias, o desbotamento de seus princípios, os problemas para a jurisprudência, e a insegurança para os investidores.

Por sua vez, o terceiro e último momento deste capítulo servirá como reforço na demonstração do enfraquecimento da autonomia, ou seja, se abordará acerca da afirmação de que o Direito Comercial é autônomo, todavia, no presente momento essa sua condição vem sendo embaçada em primazia das normas e valores engessados do Direito Civil. Logo, que assim questionamos: que autonomia é essa onde seus desdobramentos são esvaziados?

Ao descortinar esses três momentos, a presente tese se encaminhará para o seu quarto e derradeiro capítulo. Neste, terá como principal fundamento discorrer acerca da (re)codificação do Direito Comercial, defendendo assim, a promulgação de um novo Código Comercial, visando o fortalecimento da autonomia do Direito Comercial bem como a efetividade e o recrudescimento dos seus valores.

Frente esse objetivo perpassará ao entendimento e estudo da importância do movimento codificador e seus desdobramento: codificação, descodificação e recodificação. Na mesma medida em que analisará o paralelo e a importância da codificação para a autonomia ante o intuito de confrontar os apontamentos deste para com o segundo capítulo.

Outrossim, analisará a importância da codificação enquanto um centro vital do qual irradiam todas as normas de âmbito generalista, momento em que se buscará fazer um paralelo para com os apontamentos expostos no terceiro capítulo. Restando, ao final desse primeiro momento, realizar a construção de um paralelo da

recodificação frente algumas experiências internacionais, como, Portugal, Alemanha, Itália e Espanha, Ucrânia.

Desta monta, se estudará os fatos, fundamentos, importância e aplicabilidade dos seguintes pontos: (i) o Direito Comercial nasceu independente e desvinculado de todo tipo de controle, condição primordial para o reforço e estruturação de suas raízes, suas bases e seus valores; (ii) com o advento do Estado sobreveio a determinação do movimento codificador, deste resultou o Código Comercial dos Franceses (1807) que influenciou todos os países do *Common Law* (inclusive o Brasil, com o Código Comercial de 1850); (iii) sobreveio o período da descodificação que acarretou na segregação das normas comerciais, além de resultar em perda da sua unicidade sistemática; (iv) no Brasil, o movimento recodificador afetou as normas cíveis. Nele, se entendeu por bem, realizar a unificação parcial dos dois ramos do Direito Privado, ante a vigência do Código Civil de 2002; (v) dessa unificação sobreveio inúmeros problemas e dissabores para o Direito Comercial, principalmente a dispersão de normas revestidas de (pseudo)independência, pois não possuem um centro vital a seguir (continuidade da sua descodificação).

Para que, no segundo momento desse último capítulo se possa tratar especificamente acerca da efetiva possibilidade, necessidade e oportunidade para a (re)codificação do Direito Comercial junto ao recrudescimento de seus valores, ponto no qual se explanará acerca dos motivos que expõe e comprovam como em nosso país há um terreno propício para a vigência de uma nova codificação que se revestirá com uma nova concepção de Código.

Como possível conclusão dessas causas e fatores fundamentais que serão apresentados neste trabalho, percebe-se que atualmente, o Direito Comercial se encontra no momento glorioso para a recodificação sob a reunificação (reagrupamento) das normas e das fontes esparsas junto a um centro vital do qual emanem todos os seus valores.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO POLÍTICO-SOCIAL DO DIREITO COMERCIAL

1.1. AS ORIGENS DO COMÉRCIO E A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A origem do comércio³ é constatada pela análise do desabrochar dos fatores históricos explanados como inerente à necessidade e desenvolvimento daqueles mecanismos que atualmente são ou auxiliaram na construção dos institutos, das normas, das fontes e dos princípios que regem o direito comercial moderno. Todavia, para muitos doutrinadores, como, Fábio Ulhoa Coelho⁴, ainda que o passado seja constatado enquanto verdadeira fonte de jurisdição, a efetividade concreta e material deste ramo do direito privado é percebida apenas a partir do século XII, em virtude do mercantilismo.

Igualmente, é importante destacar a visão de Alfredo Rocco⁵ para o qual a fase pré-romana não constituirá importância ou exercerá influência no posterior andrajado do direito comercial. Acrescenta que para a compreensão e o desenvolvimento do direito comercial vai independe da visão de “certos povos antigos, como os Fenícios, os Assírios, os Babilônios e os Gregos”. Apesar, de oferecerem “abundância de notícia” acerca do tema, as suas “normas não se encontram em tão directa conexão com o desenvolvimento ulterior do direito comercial”.

Contrapartida, para alguns doutrinadores, como, Waldo Fazzio Júnior⁶, Gladston Mamede⁷, Waldemar Ferreira⁸ e Tullio Ascarelli⁹, o seu nascedouro, ainda que de modo pouco incisivo, é o início da humanidade, quando o homem passa a ter o domínio dos recursos naturais (barro, cerâmica, metais e outros). Começa a

³ O termo comércio é utilizado nesta tese não apenas em seu sentido estrito como o conjunto de atos exercidos habitualmente no sentido da intermediação dentro da cadeia produtiva, mas sim em seu sentido amplo, uma vez que não podemos restringir o comércio a apenas intermediação de produtos, abrangendo indubitavelmente também a produção de produtos e a prestação e circulação de serviços.

⁴ COELHO, op. cit., 2016.

⁵ ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Traduzida do Italiano pelo Prof. Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & C^a. Editores, 1931.

⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁷ MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸ FERREIRA, Waldemar. **Instituições do Direito Comercial: o estatuto do comerciante e da sociedade mercantil**. Primeiro volume. São Paulo: Max Limonad, 1954.

⁹ ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Comercial**. São Paulo: Editora Minelli: 2007.

desenvolver, juntamente com a pesca e a caça, a agricultura e a pecuária, fatores que o levam a abandonar uma de suas características pré-históricas básica, o ser nômade.

Assim, no sentido do que apresentam os referidos pensadores, desde idos tempos, o ser humano busca aproveitar os recursos extraídos da terra juntamente com as forças da natureza para construir, criar, inovar e desenvolver. A princípio com base em suas necessidades e de sua família. Após, visando satisfazer novos anseios; o homem sempre teve em sua mentalidade a necessidade primordial de sobreviver e se manter vivo.

Waldemar Ferreira¹⁰ aponta que quando o ser humano era apenas um ser irracional que nada conhecia ou sabia sobre a vida, sobre política, economia, sobre construções e sobre felicidade o homem se mantinha vivo e austero em virtude de seus instintos primários, quais sejam, a sobrevivência, a alimentação e a reprodução. Nada lhe era conhecido, tudo ele descobriu e dominou.

Por sua vez, Bobbio¹¹ declara a inexistência de um controle sobre o homem, sua família e seus antepassados. Não se cogitava falar acerca da consagração de direitos ou deveres, quanto menos da existência de uma sociedade e de pessoas que precisavam seguir regras ou cumprir seus deveres, evitando dessa forma, a punição e sua valoração gradativa. O único limite que controlava o homem era a precaução e manutenção da vida, pois era apenas ele, com suas aptidões e habilidades, contra todos os outros que pudessem atentar contra seus bens, sua segurança e sua liberdade.

É nesse momento da humanidade e na condição em que se encontrava o ser humano que mais tarde, Thomas Hobbes¹², Jean-Jacques Rousseau¹³ e John Locke¹⁴, vão defini-la como o “estado de natureza”, ou seja, aquela condição natural em que o homem é seu próprio senhor e apenas ele pode se defender e lutar por suas

¹⁰ FERREIRA. op. cit., 1954,

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹² HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. Tradução Jackson Pierre de Andrade e Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

¹⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4 Ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

posses. É a luta do homem contra todos, sem nenhum outro tipo de poder externo ou segurança.¹⁵

Segundo o pensamento de Adam Smith¹⁶, do mesmo modo como não se concebia a existência de um controle ou de uma organização social era pouco vindouro confiar ou se relacionar, em âmbito espiritual, social ou comercial, com pessoas de outros agrupamentos. O grupo não tinha como hábito estar naquela localidade por um longo período, não era planejado a continuidade ou a obtenção daquela propriedade com o *animus domini*, ele simplesmente se instalava, utilizava o que fosse necessário e depois vagava para nova área.

Por isso, gradativamente, o ser humano percebia a importância e a utilidade de fixar moradia. Primeiro, em virtude de ter explorado o ambiente e saber tudo aquilo que está ao seu redor, segundo por dominar as espécies animais que eram selvagens e aquelas que poderiam criar ou tratar, assim, advém o primor de habitualidade em razão do crescimento, reprodução e segurança de sua própria espécie.¹⁷

Pouco a pouco, em virtude do crescimento populacional advém o relacionamento e a formação de grupos que vão se expandir até formar vilas e conseqüentemente cidades devidamente organizadas, estruturadas e administradas para que todos respeitem o espaço público e privado. Neste cenário ainda se mostra incipiente a proteção em virtude do advento do Estado como ente superior e controlador do desenvolvimento social, entre o homem, por sua vez, se avizinha vindouro a existência de vínculos, laços e relações sociais.¹⁸

Ademais, essa nova forma de organização social passa a semear a confiança entre as pessoas, assim, cada qual vai desenvolver e enobrecer seus

¹⁵ A característica comum que se pode retirar após estudo e observação da visão dos três filósofos acerca do momento em que o ser humano vivia sob a égide do estado de natureza é a seguinte concepção: o homem era totalmente livre em suas ações, não existia um centro de governo (Estado) que controlava suas atuações e fosse capaz de lhe garantir direitos e deveres. De modo mais contundente, para Rousseau, em sua obra, Contrato Social, defende o lado bom do estado de natureza que vai permitir ao homem (animal social) se desenvolver e lapidar suas habilidades antes de se reunir em sociedade; Locke, em sua obra, O Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, coloca que esse estado é inerente ao ser humano, pois ele é controlado pelas Leis da Natureza que são dotadas de razão, portanto, cabe apenas ao homem definir suas próprias regras e de seus bens; por fim, Hobbes, em sua obra, Leviatã, defende que nessa condição da humanidade não há nada que limite a atuação do homem enquanto ser que é naturalmente mal e possui um poder de atuação ilimitado.

¹⁶ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações** – Investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. Apresentação Winston Fritsch. Tradução de Luíz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

talentos e aptidões na busca por melhor agilidade, destreza e maior desenvoltura. O homem que outrora era um mero descobridor passará a ser inventor. Em virtude do estudo e do aperfeiçoamento contínuo, além de caçar e extrair recursos da natureza, passará a manusear os insumos para produzir novos produtos; construir casas, adubar suas plantações, confeccionar cestas de vime e pólvora, tecer tecidos, fabricar barris, fermentar e preparar o vinho, a cerveja e diversos outros itens.¹⁹

Importante destacar duas ocupações essenciais daquela época: a agricultura e a pecuária. Duas das atividades mais antigas que até o tempo presente ainda são enorme fonte de renda para seus produtores, pois são essenciais à satisfação das necessidades primárias de qualquer pessoa humana: a alimentação.²⁰

Logo, como se pode extrair da obra de Carlo Cafiero²¹ e Adam Smith²², mediante a estagnação e a incidência do sedentarismo, como nova característica da condição humana, a produção de alimentos e produtos se tornará limitada, pois depende da capacidade e do conhecimento de todos. Esse fato permitirá ao homem estar em constante lapidação dos modos e meios mais eficazes de realizar aquele mesmo produto ou inová-lo. A limitação humana afeta a capacidade das pessoas, portanto, não lhe é possível saber e conhecer tudo que existe, tanto menos produzir e construir tudo que deseja.

Por esse motivo, em virtude da necessidade do homem de satisfazer suas ambições ele passará a empregar o montante proeminente adquirido em sua produção como mecanismo capaz de consubstanciar e validar a troca com terceira pessoa que constrói algo que ele almeja ou anseia. Ao acordarem o modo, meio e quantidade de produto que será permutado passam a constituir uma das primeiras formas de comércio da humanidade, o escambo.²³

De modo conceitual, o escambo será a troca de produtos que instiga e permite que o ser humano passe a ter uma noção daquilo que outrora será o comércio, pois quando uma pessoa aceita trocar sua carne (pecuarista) por certa quantidade de outro produto que deseja, porém não produz, ele vai agregar à sua produção

¹⁹ BEAUD, Michel. **História do Capitalismo de 1500 até nossos dias**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

²⁰ CAFIERO, Carlo. **Compêndio capital**. Tradução Ricardo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014

²¹ CAFIERO, op. cit., 2014.

²² SMITH, op. cit., 1996.

²³ Ibid.

determinado valor (tempo gasto para produção mais matérias e insumos despendidos), de modo que a negociação e a sua proposta será feita de modo gradativo tendo como base essa proporção.²⁴

Ainda no mesmo raciocínio, naquela época, quase sempre, eram as próprias famílias que produziam determinado produto ou realizavam algum serviço, portanto, não tinham a ideia ou intenção de produzir em larga escala, seja para comercialização ou revenda. Precisavam produzir para o próprio consumo e o que excedesse sua necessidade seria utilizado para a barganha por outros produtos que se mostrassem primordiais.²⁵

O produto começa a ser percebido pela condição de dois fatores primários que são: o seu valor de uso, ou seja, quando ele é feito ou construído com o intuito de suprir o próprio produtor e sua família, e, o seu valor de troca, compreendido como aquele mecanismo fundamental que permite ao produtor perceber tudo que foi gasto e utilizado para a sua produção e, conseqüentemente, exercerá influencia no momento do escambo (valor agregado).²⁶

Assim, segundo Carlo Cafiero²⁷, para algumas pessoas o escambo passa a ser inviável, pois não possuem ou detém insumos para produção e, igualmente, não podem produzir ou comercializar, todavia, são detentores de força física. Por outro lado, com o surgimento da produção em larga escala muitos empreendimentos passam a ter a necessidade da mão-de-obra de terceiros, logo, a força física do ser humano se torna um insumo necessário para o mercado, fator que lhes permite torná-la um recurso a ser comercializado.

Por esse motivo, Adam Smith²⁸ declara que ante a necessidade de poder pagar pela mão-de-obra humana, angariar mais matérias-primas e manter a sua produção em constante funcionamento, os grandes comerciantes e produtores começam a investir em suas indústrias constituindo, assim, meio de locomoção. Em pouco tempo, as atividades comerciais vão ganhando terreno e se alastrando para

²⁴ BEAUD, op. cit.

²⁵ CAFIEIRO, op. cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ SMITH, op. cit., 1996.

fora das cidades, adentrando novos povoados, novas vilas e conquistando mercado nacional e internacional.

Logo, um fator de conotação essencial nesse período diz respeito à confiança. A troca realizada passa a ser feita com base na confiança depositada entre as pessoas, tanto que elas não se preocupam em tudo produzir e tudo fazer, pois sabem que outro fará aquele produto de que ela precisa e vai vendê-lo, logo é visível a existência indubitável tanto da confiança como da onerosidade, afinal, “não é da benevolência do açougueiro, padeiro e taverneiro que esperamos nosso jantar, mas da responsabilidade destes com os próprios negócios”.²⁹

Entretanto, os problemas do comércio têm início não em um momento específico, são diversos fatores que passam a demandar uma mudança no modo como os produtos vão ser adquiridos. Muitas vezes um comerciante não concorda com a quantidade de produto que lhe será repassada, pois ele acredita que merece receber mais, logo, em virtude do valor agregado de seu produto, as partes não acordam quanto à quantidade, desse modo se torna inviável a efetivação do escambo.³⁰

Por muito tempo essa discordância foi fruto de desatino e desagrado para o comércio, principalmente em virtude do crescimento exponencial do seu mercado que agora se expandia até mesmo para além das fronteiras nacionais. Havia a demanda por mudança, se fazendo necessário conspurcar a utilização de um mecanismo de troca que terá validade em todo e qualquer lugar.³¹

Assim, segundo Adam Smith³², a primeira “moeda” que passa a ser utilizada pelo homem na compra de produtos é o sal, artigo útil e necessário para a manutenção e conservação de alimentos. Pela dificuldade na sua aquisição e em virtude de ser um produto escasso, o sal foi dotado de um valor comercial estupendo. Logo, muitos produtos eram comprados ou vendidos mediante a retribuição feita em sacas de sal.

²⁹ SMITH, Adam. **Compêndio riqueza das nações**. Traduzido do original inglês por Bento da Silva Lisboa. São Paulo: Hunter Books, 2014, p. 46.

³⁰ Ibid.

³¹ BEAUD, op. cit.

³² SMITH, op. cit.

O supramencionado autor, ainda ressalta que o sal não tardaria a se tornar um problema, tanto em virtude da sua não aceitação por algumas pessoas, como pela sua tremenda escassez. Assim, com o domínio das ligas de metal e a inovação na cunhagem do ouro, da prata e do cobre, vão surgir as moedas metálicas que passam a ser utilizadas como mecanismo de compra com capacidade universal, valendo em qualquer lugar do continente europeu ou asiático.

Por esse motivo, as moedas metálicas foram o símbolo de poder e riqueza para muitos impérios antigos, pois cada qual gravava nelas algo que representava sua soberania, assim, muitas passam a aparecer com o rosto de grandes imperadores romanos, gregos e fenícios. Outro fator primordial do comércio nesse período repousa no valor atribuído a cada moeda, ou seja, seu valor econômico lhe seria atribuído em razão da quantidade de ouro, prata ou cobre utilizado na sua composição, posteriormente, com a escassez desses metais ela passará a valer pelo valor nela inserido.³³

Por conseguinte, no primeiro momento do desenvolvimento da atividade comercial pelo mundo há de se observar que não havia regras claras ou específicas sobre como o comerciante deveria se portar no momento de negociar, de construir, de produzir e comercializar. Não se determinava as características da figura do comerciante, não se observava a vigência de uma concepção jurídica, era o império da liberdade. Logo, a descoberta do escambo, da moeda metálica e do valor agregado ao serem precedidos pela estruturação do mercado e das técnicas mercadológicas se mostravam bastante incipientes, tudo foi sendo desenvolvido pelos atos praticados pelos próprios mercadores que buscavam organizar sua atividade.³⁴

Novas técnicas para melhor realizar a agricultura, a pecuária ou para criar equipamentos que auxiliassem os mercadores ganham maior desenvoltura, o ser humano passa a ver no comércio o crescimento e o lucro para sua própria família. Outro fator ímpar dos primórdios da humanidade e do próprio comércio em si, é a concepção de que ao produzir determinado produto em grande quantidade eu posso trocá-lo (excedente) ou comercializá-lo com outras pessoas que produzem diferentes produtos.³⁵

³³ Ibid.

³⁴ FERREIRA, op. cit., 1954.

³⁵ CAFIEIRO, op. cit.

Caracterizou-se o comércio, desde tempos de muita antiguidade, por seu nomadismo. Se quem tinha necessidade de meios de vida se via na contingência de buscá-los onde se achassem, não faltaram os cuja abastança levasse a movimento oposto, de maior poder de iniciativa e dotados de espírito de aventura, se dispusessem a adquirir aqui o que faltava ali, de molde a poder trocar alhures e conduzir para mais longe gêneros e utensílios aos prováveis consumidores, ao longo das ruas e das estradas.³⁶

Igualmente, há o vislumbre de duas figuras que terão uma repercussão milenar ante o advento da sociedade moderna, são eles, o consumidor e o trabalhador. Ambos detêm características muito uniformes e dúbias, pois o trabalhador recebe pela mão-de-obra despendida e, contrapartida, troca ou compra de determinados produtos, afinal, deles possuem necessidade para sua subsistência.³⁷

O ser humano abandona o seu lado animal não apenas por passar a viver em comunidade, ele o faz quando se torna um comunicador, quando passa a produzir e a comercializar produtos e o realiza, não apenas voltado ao seu interesse particular: o lucro, mas também por saber que outras pessoas precisam daquele recurso que ele pode produzir em maior quantidade. Igualmente, ele espera e confia que outros produzam em larga escala algo que ele quer adquirir.³⁸

Conquanto não se demonstre discussões e codificações acerca de um Direito Comercial³⁹ específico e autônomo é importante notar diversos fatores, itens e documentações que vão auxiliar na criação e limitação de diversos institutos comerciais, assim, podendo citar, a compra e venda ainda que não revestida de toda a formalidade juridicamente determinante, o mercado consumidor, a venda de produtos no varejo, a industrialização, a mão-de-obra trabalhista, a importância dos insumos (recursos naturais), o surgimento da moeda e o valor agregado.⁴⁰

³⁶ FERREIRA, op. cit., 1954,p.9.

³⁷ CAFIERO, op. cit.

³⁸ SMITH, op. cit., 2014.

³⁹ Intuitivamente poder-se-ia afirmar que o Direito Comercial é o direito do comércio, entendido como o conjunto de atos exercidos habitualmente no sentido da intermediação dentro da cadeia produtiva, com intuito lucrativo, vale dizer, o complexo de atos praticados habitualmente para levar produtos da sua fonte ao consumidor. Todavia, modernamente tal concepção não corresponde à realidade, pois o direito comercial abrange muito mais que simplesmente o comércio.

⁴⁰ ROCCO, op. cit., 1931.

O comércio sempre serviu como um facilitador da relação, como um intermediário que aproxima o fabricante ou extrator daquele que quer comprar (consumidor) ou daquele que quer ofertar sua força física (trabalhador)⁴¹. Dessa forma, Fábio Ulhoa Coelho⁴² trata de modo singular sobre este fato, senão, vejamos:

Na imagem da cadeia de circulação de mercadorias, no elo inicial está quem se dedica a extrair os dons da natureza (pescador, agricultor, minerador, etc); no final, quem os utiliza, *in natura* ou industrializados, na satisfação da necessidade material ou imaterial (consumidor); nos elos da ligação da cadeia, estão os exercentes da atividade comercial (a empresa de pesca, agrícola ou industrial, o comerciante atacadista ou retalhista, etc.).

Embora a relação entre os comerciantes e destes com seus trabalhadores ou com seus comerciantes fosse totalmente destituída de caráter jurídico, não se agia com base em uma ordem imperativa legal, tudo era negociado com base na comunicação e na confiança entre as partes. Visível na história sua sementeira como precursora de diversos institutos que vão reger o estudo da ciência do direito comercial tornando-o, nesse primeiro momento, um “fenômeno histórico”.⁴³

Equitativamente, enquanto o homem desabrocha e cresce, em sua órbita objetiva e subjetiva ao traçar as fortuitas linhas da atividade comercial terrestre há outro grande setor preexistente que vai ganhar força e prestígio, principalmente nos países continentais, é a navegação. Primeiro pela criação de pequenas embarcações manipuladas com o intuito de realizar a pesca e navegar curtas distâncias, após, em virtude da fabricação das velas e desenvolvimento das cartas náuticas as embarcações crescem e deixam de ser mero extrator para se tornar também meio de locomoção capaz de velejar longas distâncias. Desse modo, “a navegação marítima abriu sendas e horizontes para o comércio, que largamente se irradiou entre os povos antigos”.⁴⁴

O mar se torna um grande aliado principalmente para os comerciantes reclusos em seus continentes ilhados e com pouco espaço rural, se tornando um meio de obtenção, não somente de riquezas e recursos naturais, mas também como reduto

⁴¹ Ibid.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. 17. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴³ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Editora Minelli: 2007, p. 42.

⁴⁴ FERREIRA, op. cit., 1954, p.13.

para o trajeto de pessoas e transporte de mercadorias. O desenvolver do comércio marítimo cresce e evolui como um meio alternativo em relação ao comércio terrestre.⁴⁵

A Europa, a África e a Ásia se mostram como o nascedouro do comércio, tanto no período considerado como antes de Cristo, quanto após. Nesse sentido, Gladston Mamede⁴⁶ aponta diversas legislações encontradas antes do início da Era Cristã (a.C.) que se referem ao controle da propriedade, dos empreendimentos e dos negócios, chega ainda a citar, por exemplo, as *Leis de Ur-Nammu*, as *Leis de Lipt-Ishtar*, as *Leis de Eshnunna* e, o mais conhecido e difundido entre os pesquisadores do direito, as *Leis de Hamurábi* e o *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano.

Ainda segundo referido autor, conquanto essas normas legiferantes apresentem resíduos que vão ser agregados ao âmbito de aplicação comercial e à matéria de estudo do direito comercial elas não serviam à delimitação e definição do comércio, não concatenavam erigir um ramo específico do direito privado. Ao contrário, eram normas de direito civil (*ius civile*) que regulavam a generalidade das relações compactuadas entre pessoas privadas, portanto, havia um contorno, não a vontade jurídica de formatar uma disciplina específica e com regras próprias do comércio.

Dessas referidas codificações, quase sempre talhadas em pedra, as Leis de Hamurábi e o *Corpus Iuris Civilis* foram aquelas que trataram sobre algumas regras de direito privado, conseqüentemente vão iluminar e traçar os primeiros contornos para embasar o desenvolvimento e estruturação dos institutos comerciais hodiernos. Logo, havia uma escassez de regras próprias e específicas referente à atividade comercial, sua definição e ao seu *modus facendi*, remanescendo aos comerciantes utilizar sua liberdade para estipular os vindouros costumes.⁴⁷

Portanto, segundo os pensamentos apresentados, diversos foram os povos e as culturas que motivaram e deram vida ao fenômeno do comércio ao longo da história mundial, assim, podemos citar, os hititas, os fenícios, os persas, os hebreus e os egípcios, mas, principalmente, os gregos e romanos.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ MAMEDE, op. cit., p. 2.

⁴⁷ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

Consoante essa exposição é primoroso apontar como a principal característica dos povos antigos a supremacia da defesa privada. Pois, conforme ressaltado anteriormente, o escambo surgiu com base na vontade e ante à míngua do homem de ser incapaz, sozinho, de satisfazer todas as suas necessidades; todavia, ao se relacionar com *outrem* não havia governo ou controle estatal que incidisse sobre esta relação específica.⁴⁸

Toda relação privada era regulada pelas próprias pessoas mediante a comunicação e a confiança, assim, em virtude da atuação “ainda vacilante e frouxa” do Estado, que por não ter chamado para si “completamente a função de órgão específico do direito, vigora em regra” a resolução de contendas pelas próprias pessoas, cabendo, inclusive a incidência dos castigos corporais.⁴⁹

Os regulamentos se voltavam para a organização e o desenvolvimento da sociedade de um modo comum e generalista, as normas que tinham vigor eram tratadas como partes de um mesmo organismo, um todo comum e unitário, logo, houve a formulação de normas de direito comum. Não se concatenava com o momento a regência de um direito específico para os comerciantes, todavia, tal fato, não impedirá que a própria classe busque entabular meios e modos de, pouco a pouco, se sistematizar.⁵⁰

Por conseguinte, imperava entre os povos a sua livre iniciativa para começar uma atividade e a sua livre vontade para comercializar dentro e fora de sua comuna. Não havia controle ou determinação advinda de ordem impositiva do Estado regulador e detentor do poder de controle e diligência para o comerciante, logo, era fácil a estipulação de suas próprias regras e determinações comerciais.⁵¹

1.1.1 A sociedade grega e o povo fenício frente o comércio

O advento de grandes civilizações fez com que inúmeras civilizações e diversas culturas tomassem seu espaço e sua parte no mundo, de modo singular, os

⁴⁸ CAENEGEM, op. cit.

⁴⁹ ROCCO, op. cit., p. 415.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

fenícios eram vistos como um vultoso povo na arte do comércio. São detentores desta característica em virtude do seu exponencial crescimento e, conseqüentemente, pela enorme fortuna avantajada e riqueza cintilante em sua nação, seus exércitos e seu império. Foram capazes de influenciar com primor o comércio marítimo por todo o Mediterrâneo onde inclusive instalaram inúmeros entrepostos comerciais.⁵²

Quanto à legislação ou modo como se difundia o comércio dos fenícios com os outros povos ou entre sua população, pouco ou quase nada se efetiva pela falta de normas escritas, inexistia uma legislação imperativa, havia apenas a incidência de costumes comerciais que eram repassados entre os povos em razão da comunicação realizada através do comércio internacional.⁵³

Junto aos fenícios e que com eles comercializavam trazendo institutos bastante influentes para a disciplina moderna do direito comercial houve a intervenção dos gregos, um povo que se estruturou e desenvolveu em termos culturais, linguísticos, artísticos, políticos e jurídicos, assim, como bem afirma Waldemar Ferreira⁵⁴, havia a regência de regras consuetudinárias, assim sendo, o costume prevalecia sobre a lei escrita.

A princípio os gregos viveram um período arcaico em que seu governo buscava a expansão e domínio de novas terras, principalmente em virtude do crescimento populacional e do controle das terras Balcãs que eram inférteis e não permitiam o desenvolvimento da agricultura. Igualmente, há o desenvolvimento do pensamento crítico e da escrita, bem como, a criação de sua própria moeda e a difusão do seu valor abstrato, ou seja, passa a valorar a moeda pela quantidade de metal utilizado em sua produção.⁵⁵

Como assevera Raquel de Souza⁵⁶, esse momento de rigidez no governo é drasticamente reformado com a legislação instituída por Clístenes que abre caminho para a reforma jurídica entre os cidadãos e a introdução do pensamento político democrático, sendo denominado como o “pai da democracia”; com a reforma o Estado

⁵² FERREIRA, op. cit., 1954.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria Geral do Direito Comercial: introdução à teoria da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁵⁶ SOUZA, Raquel de. Capítulo 4 – O Direito Grego Antigo. p. 71/104. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 4. Ed. 2 Tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

passa a buscar o desenvolvimento das cidades, *polis*, lhe concedendo autonomia política, social e econômica.

No mesmo sentido, importante ressaltar que a democracia não alcançava todas as pessoas, sendo limitada aos homens maiores de dezoito anos e que fossem grandes proprietários de terra. Assim, institui a separação da sociedade em classes, sendo que os grandes senhores empregavam sua liberdade em *prol* da organização e desenvolvimento da sociedade, sua preocupação era religiosamente voltada aos assuntos políticos e às relações internas e externas, para tanto, relegavam suas tarefas e necessidades aos escravos ou às suas mulheres.⁵⁷

Essa libertação, diferente da liberdade, era um objetivo que poderia e devia ser atingido através de determinados meios. O meio decisivo era a sociedade escravagista, o poder com o qual outras eram forçados a assumir a preocupação da vida diária. Ao contrário de todas as formas de exploração capitalista que perseguem sobretudo objetivos econômicos e servem ao enriquecimento, no caso da exploração do trabalho escravo na Antiguidade tratava-se de liberar os senhores por completo do trabalho a fim de dispô-los para a liberdade da coisa política.⁵⁸

Com o sobrestamento do século de ouro para os gregos há o advento de diversas reformas que vão afetar o pensamento e a difusão do pensamento político principalmente em virtude de três importantes nomes nessa seara, são eles, Aristóteles, Platão e Sócrates; da cultura com a propagação do teatro grego e no desenvolvimento de maior desenvoltura para a atividade comercial e industrial.⁵⁹

Segundo Waldemar Ferreira⁶⁰ essas, por sua vez, permitem a inserção de grandes entrepostos comerciais, um em Pérgamo, outro em Antioquia e, o último, em Alexandria, no Egito. Com a difusão da expansão e a necessidade do comércio há o desenvolvimento de grandes polos de atuação comercial, como, a agricultura, a pecuária, a fabricação de artesanatos e o comércio marítimo, que ganhou maior desenvoltura em virtude das inúmeras ilhas utilizadas como entrepostos e do relacionamento com os povos do Oriente.

⁵⁷ SOUZA, op. cit.

⁵⁸ ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3ª. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 24.

⁵⁹ CAENEGER, op. cit.

⁶⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

O autor ainda ressalta que ante o seu engrandecimento comercial a Grécia vai ser um dos primeiros países a criar mecanismos materiais para os mercadores marítimos. É nesse cenário e por intermédio dessa prática constante e reiterada que se desenvolverá a *Lex mercatoria*, um complexo de usos e costumes fundado em princípios e regras próprias onde se regulamenta o *modus facendi* das relações havidas no comércio marítimo.

Logo, aponta que outra prática realizada pelos gregos que vai se espalhar para os tempos modernos será a criação e a utilização do “empréstimo de risco ou câmbio marítimo”. Esse instituto demandava a existência de duas pessoas, (i) aquele que realizava o comércio através dos rios, mares e oceanos e (ii) quem disponibilizava o capital necessário para o desenvolvimento do empreendimento. Referidos contratos mantinham disponível ao comerciante determinado valor para que ele pudesse investir em sua expedição marítima e transportar os produtos comercializados, assim, ao voltar deveria reembolsar o valor retirado a título de empréstimo, acrescido, em virtude do risco, de altas taxas de juros.⁶¹

Ressalta que o risco era tanto para quem disponibilizava o dinheiro quanto para o dono da embarcação, pois a incerteza era indissociável dessa modalidade de atividade. Pois, não era possível determinar quando o navio seria assolado por alguma atribulação advinda das forças ou intempéries naturais; conquanto não fosse o suficiente, outro fato que perturbava as viagens marítimas eram os piratas que saqueavam as riquezas e os produtos contidos nas embarcações.⁶²

Em conjunto com a *Lex Mercatoria* há as normas que surgiram em virtude do comércio marítimo realizado na Ilha de Rodes, este era um importante centro comercial onde os povos se encontravam para negociar e vender seus produtos. Por esse motivo criavam normas e regras específicas que vão dar origem a *Lex Rhodias*, uma compilação de legislações sobre o comércio marítimo que determinará qual a responsabilidade quando a embarcação fosse afetada por uma avaria, igualmente, vai permitir a criação e definição do conceito de avaria.⁶³

À medida que o dinheiro ganha notoriedade e essencialidade para a continuidade da atividade comercial e em razão dos riscos de saque, roubos ou furtos

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ ARNOLDI, op. cit., 1998.

os comerciantes encontraram nele um bem a ser comercializado. Pois poderia circular através da existência de um documento, enquanto a moeda era resguardada. Permitiu-se a implantação das casas de crédito, que atuavam com o intuito de fazer circular a riqueza por intermédio de títulos ao portador e à ordem. Esse empréstimo e a circulação de riquezas durante muito tempo foram realizados pelo Templo de Delos que se destacou como instituição de crédito.⁶⁴

Em resumo, tanto os Gregos quanto os Fenícios foram capazes de influenciar e traçar os primeiros contornos não somente do comércio terrestre, mas, principalmente do comércio marítimo. Ainda que não tenham criado legislações específicas repassavam seus usos e costumes difundidos através do relacionamento havido com outros povos, logo, não houve a promulgação de regras especiais para criar um ramo especial do comercial. Sua primordial preocupação era com as questões e organização do governo e da população, por meio da política.⁶⁵

1.1.2. Os romanos e a sua influência para o comércio

O Império Romano se mostra um conglomerado avançado e desenvolvido que relegou ao tempo moderno uma gama exorbitante de conhecimento, tanto em matéria de literatura, de governo, de estrutura, organização e governabilidade. Todavia, na seara comercial, conquanto tenha auxiliado e influenciado no desenvolvimento de diversos institutos bancários e contratuais, tais realizações foram consubstanciadas em virtude da sua relação com os gregos.⁶⁶

Todavia, considerando a magnitude de seu desenvolvimento ao longo do tempo e da história a presente tese tratará apenas do período que precede o início da Era Cristã, considerado assim como o apogeu do Império Romano, momento em que ele já havia passado pelos seus 100 (cem) anos de Guerra Civil e tinha após diversas lutas sociais e expansão territorial se tornando um símbolo de renome e poder.⁶⁷

⁶⁴ GARCIA, Ayrton Sanches. **Noções históricas de Direito Comercial**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28609-28627-1-PB.pdf>> Acesso em 16 set 2018.

⁶⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ CAENEGEM, op. cit.

Em razão do seu enorme censo militar e com o advento das grandes guerras e consequentes vitórias do Império Romano difunde-se a sua expansão territorial que inclusive engloba domínios do Mar Mediterrâneo, participação do comércio marítimo na Ilha de Rhodes e controle de grande parte dos entrepostos comerciais na Europa, na Ásia e na África. Tal acontecimento, durante o período de ouro do seu Alto Império, deságua no apogeu e na instituição da *Pax Romana* difundida pelo mundo, além de refletir diretamente no desenvolvimento da atividade comercial e em suas reiteradas práticas e usos, seja terrestre ou marítimo.⁶⁸

O fenômeno comercial, segundo Waldemar Ferreira⁶⁹, não foi algo planejado ou almejado pelos Imperadores que governavam Roma, mais sim uma consequência existente em virtude da sua expansão e crescimento populacional. Ou seja, os romanos não foram um povo dotado com a preocupação ou intuito de propagar e difundir o desenvolvimento da atividade comercial e industrial, não se revestiam com a roupagem do espírito comercialista.

Corroborar-se o ulterior posicionamento sobre a afirmativa de que a principal característica dos meios e modos utilizados pelos romanos no relacionamento comercial foram extraídos e exportados em virtude da comunicação, do domínio e relacionamento político entabulado com outros povos.

Sobrevindo os veios capitalistas e o domínio da propriedade privada houve o surgimento dos grandes latifúndios, cujos donos renegavam o trabalho braçal e comercial aos escravos, pois o consideram “desprezível e mesquinho”. É com as guerras que realizam o saque de prata e ouro de seus inimigos (domínio de riquezas), que em conjunto com a cobrança de impostos entre seu próprio povo resultou em sua grandeza econômica, bem como, difusão de sua própria moeda.⁷⁰

Pela repartição social dos romanos, não era qualquer indivíduo que tinha o privilégio de ser tido ou aceito como cidadão, apenas os patrícios que se revestiam de alta estirpe, em virtude de suas riquezas, os membros da magistratura ou detentores de cargos públicos no governo tinham esse título capaz de lhes conceder benesses. As mulheres e crianças eram vislumbradas como necessárias ao desenvolvimento e

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁷⁰ Ibid, p. 17.

crescimento da nação, contudo, não tinham liberdade para agir sozinhas, sem as ordens do dono do sistema patriarcal.⁷¹

Assim, o comércio não era praticado por qualquer pessoa. Os romanos não se tornaram pioneiros na criação efetiva de uma ciência do comércio e nem o desenvolveram com regras e normas próprias. Apesar de o considerar uma atividade necessária, o colocavam como algo degradante, logo, os cidadãos e seus familiares não realizavam as tratativas de negociação ou a venda dos produtos, quem os praticavam eram os escravos.⁷²

Os romanos, apesar de sua intensa atividade comercial, não tiveram uma importância específica na evolução do direito comercial, isto porque suas atividades, eram voltadas inteiramente ao direito civil, além do fato de o comércio e a indústria serem praticados pelos escravos, e, à época, por influência do direito canônico, considerava-se pecado a obtenção do lucro e o empréstimo com a intenção de lucro.⁷³

Portanto, não se falava na importância jurídica de uma legislação para regular essa atividade exercida pelos escravos, pois, “[...]a economia escravidista da época, segundo a qual a indústria e o comércio eram exercidos por meio de escravos, criava entre o senhor e os seus servos, propostos ao comércio, puras relações de facto (administrativas e de contabilidade) e não relações jurídicas”.⁷⁴

Logo, observa-se que enquanto República os romanos eram um povo dotado de conhecimentos técnicos, detinham uma desenvoltura ímpar dentro da esfera política, uma estrutura e treinamento militar bastante rigoroso e enfático, além do conjunto de normas jurídicas e estudos jurisprudenciais que no presente vão ser sinônimo de fonte do direito, principalmente no ramo privado na questão relativa às obrigações contratuais.⁷⁵

Alfredo Rocco⁷⁶ aponta que a jurisprudência Romana é motivo de exortação e referência, todavia, uma vez que ao comércio não se atribuía a devida importância, toda a formulação de relações jurídicas em virtude da compilação dos

⁷¹ Ibid.

⁷² ROCCO, op. cit.

⁷³ ARNOLDI, op. cit., 1998, p. 2.

⁷⁴ ROCCO, op. cit., p.5.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid, p.4-5.

juízos realizados não se propunha a regular ou ordenar a atividade comercial, por tal motivo, os romanos permitiram que as normas advindas por intermédio do *jus gentium* e do *jus honorarium* fossem suficientes para regular as relações existentes neste campo.

Ocorre que, como bem apontado por Caenegem⁷⁷, a estagnação romana, durante seu Baixo Império, adveio da falta de expansão e conseqüentemente as crises tanto sociais, quanto políticas e principalmente econômicas que vão causar ondas inflacionárias, pois os impostos se tornam altos e há uma baixa na produção de alimentos e outros, acontecimento que será nomeado pela ciência como crise econômica.

Por conseguinte, Francisco Neto⁷⁸ nos permite apontar que não obstante a crise do Baixo Império há o aparecimento do cristianismo monoteísta que vai apor a crença em uma única divindade, passando a reconhecer os Imperadores como pagãos e conseqüentemente descurando sua autoridade divina; sua difusão por Roma ganha terreno por proteger as mulheres, os escravos e os miseráveis.

Conseqüentemente, na tentativa de conter a crise é feita uma separação no Império Romano, em Oriente e Ocidente. O poder, a influência e o crescimento do Império Romano do Ocidente, com Roma enquanto capital são totalmente estagnados e perdidos com o advento do ano de 476 d.C, momento em que os povos germânicos invadem e causam sua queda e derrocada.⁷⁹

1.2. OS MERCADORES E AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO

Nesse período, segundo Gladston Mamede⁸⁰, Caenegem⁸¹ e Paulo R. C. Arnoldi⁸², com a queda do Império Romano do Ocidente há a difusão do êxodo e da fuga dos diversos povos que se dissipam com o intuito de fugir à ira dos Bárbaros,

⁷⁷ CAENEGEM, op. cit.

⁷⁸ NETO, Francisco Quintanilha Vêras. Capítulo 5 - Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 4. Ed. 2 Tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ MAMEDE, op. cit., 2013.

⁸¹ CAENEGEM, op. cit.

⁸² ARNOLDI, op. cit., 1998.

contudo, passam a se instalar pela Europa e povoar o continente. No Oriente, os povos árabes passam a nutrir relacionamentos e manter acesa a sua diversidade econômica e comercial, bem como a difusão de sua própria religião islâmica. Nas ilhas Inglesas não é diferente, o conflito, a invasão e as guerras são constantes.

Referido pensadores nos ensinam que enquanto no cenário político imperava a descentralização e a falta de um poder central do qual irradiasse os mecanismos necessários e hábeis para permitir o agrupamento e a organização social. Ante a falta de um controle estatal que estipulasse as ordens de governança e estrutura política, social e econômica de modo concentrado haverá, para os particulares uma liberdade quase irrestrita que lhes permite, impor e estipular suas próprias vontades e meio de controle social.

Logo, durante a Alta Idade Média o poder é quase que em sua totalidade da Igreja que determina a ordem, o modo e os meios de agir, crescer e desenvolver. A teologia se torna o centro de domínio e os padres os difusores das determinações de governança e conhecimento. Em sequência, na ordem hierárquica, o poder seguia para a classe dos nobres e, por último, aos servos.⁸³

Ressaltam a sobrevivência do sistema político do Feudalismo, onde imperava o trabalho servil, sendo que metade da produção realizada pelos servos deveria ser entregue ao senhor feudal em virtude das terras “doadas” que deste recebia. Todavia, como o servo não tinha nenhum bem ou posses acabava se endividando com os grandes senhores, pois precisava adquirir, a prazo, sementes para fazer a plantação. Os materiais e animais que lhe concediam a força extra de trabalho e para sair de determinados locais e transitar deveria realizar o pagamento de determinado tributo.

Frente esses fatores, pode se concluir que as sociedades vão se formando e mantendo por meio da produção realizada dentro das grandes propriedades latifundiárias. Os vassalos são os agricultores que devem repassar uma porcentagem dos produtos extraídos e produzidos para o senhor feudal em cumprimento de sua obrigação contratualmente estabelecida. Dessa forma, a maior parte das atividades realizadas pelos produtores, agricultores e pecuaristas tinha a precípua finalidade de manter a subsistência da sociedade.

⁸³ MAMEDE, op. cit., 2013.

O controle do senhor feudal para com seu vassalo ganhava maior desenvoltura em virtude da estrutura política e social que lhe garantia uma parcela significativa do poder e uma boa colocação hierárquica. Em razão disso ele teve condições para conspurcar a criação e o desenvolvimento de um direito feudal que vai determinar as regras de funcionamento da sua relação com o vassalo, seja acerca da propriedade fundiária ou da incidência de impostos e outros.⁸⁴

Essas normas, ainda que não escritas ou impostas, tiveram como fator fundamental de regência o amparo dos usos e costumes praticados na época, ou seja, “seu desenvolvimento dependia dos costumes e, eventualmente, do envolvimento de um soberano que estivesse preocupado em regulamentar uma questão de detalhe ou inovar num aspecto particular”, no mesmo sentido, sobrevém a existência dos diversos Tribunais que julgavam suas matérias com base nas partes envolvidas nos litígios, sendo eles, feudais, nobres ou eclesiásticos.⁸⁵

Os povos se tornam dominadores e difusores de suas próprias crenças, a guerra se torna a reação em cadeia de ataque e defesa que deturpa e rompe as relações comerciais, nesse período que precede o fim do império romano não há inovações nas técnicas produtivas ou dentro das atividades comerciais, a agricultura e a pecuária são restritas, realizadas unicamente para a manutenção da própria sociedade, o mercado “fecha suas portas” mergulhando em um período de estagnação, principalmente em virtude das diversas restrições e barreiras impostas pela Igreja.⁸⁶

A igreja olhava com desconfiança, senão com má vontade, a actividade comercial, por ser aquela que procurava mais fáceis e rápidos lucros e servia para criar e satisfazer necessidades voluptuárias. Mas, sobretudo, a Igreja punha graves obstáculos ao desenvolvimento do comércio, que tanta necessidade tem do crédito, tornando difícil o crédito, com a sua rigorosa proibição de estipular juros, baseada na ideia de que o capital era dinheiro, por sua natureza improdutivo; que não se podia admitir o lucro sem trabalho; que, portanto, receber juros pelos empréstimos era ilícito e imoral.⁸⁷

Embora o comércio tenha sido atingido por essas intempéries ele não se perdeu totalmente. Uma quantidade escassa de portos na costa do Mediterrâneo mantém sua continuidade com os povos do Oriente, contudo, são transações

⁸⁴ CAENEGEM, op. cit.

⁸⁵ Ibid, p.21.

⁸⁶ ROCCO, op. cit.

⁸⁷ Ibid, p.9.

mínimas, sendo insuficientes para afetar ou trazer a necessidade da criação de mecanismos inovadores em matéria comercial.⁸⁸

À proporção que os vassallos produzem de modo contínuo e ininterrupto, juntamente, com o fato de que as sociedades se tornam estagnadas há o retorno dos relacionamentos sociais, nutrindo, dessa forma, o reascender do comércio, enquanto atividade, e a multiplicação de inovações práticas. Em meados do século XI, frente o começo da Baixa Idade Média, as cidades passam a se povoar de modo exponencial com um ininterrupto crescimento demográfico, aparecem novas tecnologias e diversas práticas que promovem a maximização das terras utilizadas pelo servo, tornando-a mais próspera, fato que lhes permite comercializar o montante sobressalente e reter o lucro na busca pelo pagamento de suas dívidas.⁸⁹

Outro fator que vai influenciar a reabertura do comércio é a criação e dissipação das Cruzadas. Essas organizações são criadas pela Igreja cujo intuito é libertar Jerusalém do controle dos povos árabes, essas ações permitem aos cruzados realizar a tomada dos metais, ouro e riquezas encontradas em posse dos outros povos, bem como re incentiva o comércio do Ocidente com o Oriente.⁹⁰

As consequências sociais foram claras. O sucesso comercial dos negócios urbanos passou a regular a marcha do desenvolvimento econômico do país a emancipação social também se estendeu, além das cidades, ao campo. As cidades e seus cidadãos livres, ao exercerem essa dupla pressão, contribuíram decisivamente para a abolição da servidão. E quando a agricultura se comercializou, a estrutura social e econômica do antigo senhor feudal desapareceu.⁹¹

Caenegem⁹² aponta o fato de nesses primórdios da Idade Média se desenvolvem os consulados, os tribunais e a legislação, todavia se encontram totalmente descentralizados, sem a ordem de um Estado impositivo, portanto tudo estava baseado na vontade suprema (clero e nobreza) dentro de determinado município ou província. As normas eram desiguais a depender da localidade, faltava

⁸⁸ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CAENEGEM, op. cit., p.34.

⁹² Ibid.

um centro de comando do qual emanar as regulamentações, fossem gerais ou específicas.

Ainda no mesmo sentido, essa disrupção não impediu o estudo da ciência jurídica do direito romano e a interpretação legislativa por meio das ideias e concepções disseminadas em razão dos estudos realizados pela escola dos glosadores durante os séculos XII e XIII, período em que o direito medieval era regido por legislações de ordem canônica, erudita, consuetudinária e eclesiástica. As glosas, compilação formada e escrita por esses estudiosos, se difundiram pela França, pelos Países Baixos, pela Itália e por Portugal. De modo diverso, na Inglaterra, regia o direito consuetudinário de caráter comum e geral (*Common Law*), sendo aplicado por todo o território.⁹³

Com brilhantismo Caenegem demonstra como a reinserção dos estudos de direito romano, jurisprudencial e consuetudinário, nas sociedades medievais possibilitou a sobrevivência da continuidade de inúmeras práticas. O ato de realizar a troca por meio do escambo, o emprego e dispêndio da força de trabalho comercializado, a moeda e alguns mecanismos específicos para a realização de determinadas ações que encerram em seu contexto características específicas comerciais. Assim, apenas na Baixa Idade Média haverá a efetiva lapidação e formação de uma classe de comerciantes, ou seja, pessoas que exercem a atividade tendo como fundamento o perpassar de seu contexto econômico.⁹⁴

Igualmente, doutrinadores, como Cássio Cavalli⁹⁵, ressaltam que é nesse momento que se passará a realizar uma “atividade econômica comercial”, enquanto profissão, ou seja, como a atividade realizada profissionalmente com o intuito de repassar determinada mercadoria, sendo apontado pelo próprio autor que o seu “[...] significado econômico é evidenciado na própria etimologia da palavra comércio, que deriva do latim *commercium*, resultante da junção da preposição *cum* (isto é, com, no sentido de portar, dar continuidade), com o substantivo *merx* (mercadoria ou produto)” vindo este a se impregnar no comércio.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ CAVALLI, Cássio. **Direito Comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012, p.2.

Referida atividade ressaltada pelo autor vai se sobrepor ao direito comum, vigente no período feudal o qual regulava as relações do clero, da nobreza e dos vassallos, a primeira legislação capaz de regulamentar e reger a figura e pessoa dos mercadores, a *Lex Mercatorum*, de origem Grega. Conquanto se tivesse desenvolvido em determinado período histórico essa legislação comercial não era constituída por limites territoriais de aplicação, ela foi próspera em cuidar única e exclusivamente dos próprios comerciantes sem se limitar a nenhum território ou demandar de uma ordem estatal.⁹⁶

Caenegem⁹⁷ expõe o fato de em meados do século XII, à vista da liberdade existente para o profissional que exercia a atividade do comércio quando em conjunção com a busca por auxílio e respaldo, bem como cuidado, controle, ordem e organização de toda a classe possibilita que esses profissionais passem a se reunir em corporações de artes e ofícios organizadas de modo estrutural pelos próprios componentes da cada classe.

Por sua vez, Waldemar Ferreira⁹⁸ conclama que maior destaque será espargido para a corporação de ofício dos comerciantes e, posteriormente, dos mercadores que vão constituir suas próprias jurisdições e decisões cuja base será os usos e costumes reiteradamente praticados pelos seus associados. Dessa forma cada comerciante que deseja estar resguardado em sua atividade profissional precisará estar associado à sua corporação, suas normas e jurisdição. A legislação se aplicava em virtude da associação do comerciante.

Esse primeiro período do comércio será denominado pela doutrina comercial⁹⁹ como subjetivo, pois, levará em consideração para efetivar uma segurança no exercício do comércio e na aplicabilidade dos usos e costumes a condição da pessoa (comerciante) que deverá estar associada às corporações de ofício, ou seja, aquele que exercesse o comércio sem estar devidamente associado não seria protegido pelas legislações ou pela jurisdição das corporações de arte e ofício.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ CAENEGEM, op. cit.

⁹⁸ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁹⁹ Faz-se referência a alguns doutrinadores, como: Waldemar Ferreira (1954), Fábio Ulhoa Coelho (2016), Gladston Mamede (2013), Paulo R. C. Arnoldi (1998), Waldo Fazzio Júnior (2015).

Formaram collegios constituídos os vários ramos do seu commercio, denominados *artes, paratici, convivias*, que deram mais tarde origem a uma corporação principal designada com o nome de universidade, de comunidade dos commercantes e por vezes simplesmente com o nome de *mercanzia*. Estas corporações tornaram-se pouco a pouco poderosas, como o attestam a magnificência das suas sedes, e tiveram privilégios e franquias. Ellas presidiam por meio dos seus officiaes às feiras, aos mercados, e estabeleciam as ordenanças d'elles, tomavam parte por meio dos seus representantes no Conselho das Communas, mantinham a segurança nos caminhos; mandavam cônsules ao estrangeiro para protegerem os sócios [...].¹⁰⁰

Em conformidade com esse raciocínio, pode-se apontar que as corporações eram formadas sendo totalmente autônomas, e podiam se organizar, estipular e centralizar independentemente de outras legislações, não se submetia à organização política e administrativa da comuna em que se localizavam. Dessa forma, sua organização contava com uma ordem hierárquica em que a base era formada pelos aprendizes, logo acima estavam os oficiais e como último patamar, os mestres. Cada corporação tinha como chefe um cônsul, este, por sua vez, era eleito e escolhido entre e pelos próprios membros. Sua principal função era cuidar da aplicação da administração e organização da classe que representava, todavia, não tardou que houvesse a necessidade de resolver os conflitos trazidos por seus associados.¹⁰¹

De modo complementar, Waldemar Ferreira¹⁰² nos ensina que as atribuições das corporações não se estagnaram. Com o advento das discussões e problemas havidos entre seus associados, couberam às corporações, por meio de seus representantes, estabelecer a imposição de estatutos que vão ser a legislação do comerciante, ou seja, uma classe com normas próprias e específicas aplicadas a eles em razão da sua subjetividade.

O autor ainda aponta como fundamento basilar de vida das corporações de arte e ofício repousava justamente na necessidade de existir uma organização do modo de produção indomável e desregrado existente pelo descaso do senhor feudal ou da igreja com o desenvolvimento do comércio. Assim, com a organização das diversas espécies de atividades existentes foi possível criar mecanismos de auxílio na valoração do produto vendido, na necessidade de produzir determinado produto

¹⁰⁰ VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito commercial**. Tradução de J. Alves de Sã. 2ª Ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1918, p.9.

¹⁰¹ ROCCO, op. cit.

¹⁰² FERREIRA, op. cit., 1954.

(primórdios da oferta e demanda), cuidado na concorrência existente entre mesmos comerciantes, incentivo no aumento da produção e auxílio na obtenção de lucros.¹⁰³

Desse modo, em contraposição aos demais direitos (civil e constitucional) que regulavam a sociedade medieval, a finalidade dos comerciantes ao se reunirem dentro de uma classe específica e independente era fazer valer a sua liberdade. Assim com a importância de sua atividade profissional, promovendo, portanto, normas de caráter mais simples, menos burocrático, mais flexível e dinâmico.¹⁰⁴

Com a reabertura e difusão exponencial do comércio, diversas cidades crescem de modo exponencial e vão concentrar nessas atividades a sua principal fonte de renda e lucro. Um dos países que se tornará um grande entreposto comercial nessa época será a Itália, principalmente com o crescimento das cidades de Veneza, Gênova, Milão, Bolonha, Florença e Pisa.¹⁰⁵

Segundo Ascarelli¹⁰⁶, ante o advento e crescimento das atividades comerciais os grandes produtores e comerciantes passam a se reunir em praças com a finalidade de revender/repassar adiante os produtos adquiridos com o intuito de comercializar, assim, a continuidade das feiras se torna vindoura e o comércio volta a ramificar suas principais raízes, demandando assim maior ênfase e materialidade nas ações praticadas.

Inicialmente as feiras (entre as quais foram famosíssimas, nos séculos XII e XIII, as de Champagne), depois a difusão em todos os países dos agentes das companhias mercantis (sobre tudo das italianas) contribuem a dar ao direito profissional dos comerciantes um caráter internacional uniforme.¹⁰⁷

Igualmente, ante o excerto apresentado, com os anseios de comercializar e comprar os produtos importados do Oriente e do continente europeu os comerciantes voltam ao uso das navegações comerciais e à realização de rotas comerciais por meio da composição de caravanas. Tanto na modalidade terrestre como na marítima havia o risco de intempéries, de sofrer ataques de animais selvagens e saques por ladrões nas estradas. A atividade comercial sempre foi

¹⁰³ SMITH, op. cit.

¹⁰⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

¹⁰⁵ ROCCO, op. cit.

¹⁰⁶ ASCARELLI, op. cit., 2007.

¹⁰⁷ Ibid, p.48.

caracterizada pelo fator incerteza. Por esse motivo, o título de crédito se torna um mecanismo cada vez mais crescente e imprescindível ao desenvolvimento da atividade e à “dinâmica e complexidade das atividades comerciais”, outrossim, diversos institutos comerciais ganham força e efervescem nesse momento histórico, são eles, a letra de câmbio que deixa de ser mero documento de composição do crédito e passa a ser utilizada para validar a vigência de um crédito, os seguros feitos pelos caixeiros-viajantes; ganham vida as primeiras formas de sociedades comerciais, se estrutura e delimita o instituto da falência comercial, bem como, os bancos e instituições financeiras; todos estes retirados das fontes romanas e gregas, todavia, com uma aplicação mais contínua, contundente e enfática.¹⁰⁸

Dessa forma, as necessidades avindas do comércio – em sentido estrito – , assim como das demais atividade “comerciais” – em sentido amplo – foram fundamentais para a criação e o desenvolvimento de uma legislação especial que vislumbrava cuidar e resguardar a relação construída entre os comerciantes, sendo de suma importância adentrar ao núcleo dessas especificidades, pois são o marco legislativo no caminhar do Direito Comercial.¹⁰⁹

1.2.1. O comércio sob a regência dos usos e costumes

Da Idade Média, pode-se compreender a subsistência de uma característica primordial que será fundamental na caracterização das práticas comerciais: a liberdade. Tal elemento permitiu que essa atividade fosse revestida por contornos mais eficientes e contundentes, ainda que não houvesse uma separação entre a ciência da economia e do comércio.¹¹⁰

De modo diverso, demonstrou-se que no período Greco-romano, houve a difusão do direito constitucional e do direito civil que buscavam regular o funcionamento das famílias que integravam a sociedade. Portanto, ante a compreensão dos fatores sociais, políticos e econômicos de cada momento histórico

¹⁰⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Títulos de crédito no direito brasileiro**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo:Saraiva, 2014, p. 467.

¹⁰⁹ COELHO, op. cit., 2016.

¹¹⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

é possível determinar seu grau de influência na formação do desenvolvimento de determinado ramo do direito, de modo que, ao comércio, foi preciso a incisiva atuação de sua classe para revesti-lo com contornos materiais e jurídicos próprios.¹¹¹

O direito romano era mais adequado à jurisprudência e à administração do que à prática comercial, por isso, do século XII até o século XV, um direito comercial consuetudinário e cosmopolita desenvolveu-se na prática. Era ditado essencialmente pelas necessidades da prática e da eficácia comercial nos mercados de bens e de dinheiro, nas feiras de comércio, corporações, operações bancárias e instrumentos de seguro e crédito.¹¹²

São os inúmeros fatores apontados que influenciam os comerciantes a se reunir formando uma corporação, pois ante a sua égide se impõem maior segurança para as relações entabuladas no desenvolvimento de sua atividade, pois, além da estipulação de uma legislação e um estatuto específico há a existência dos juízes consulares cuja jurisdição alcança apenas os integrantes daquela classe.¹¹³

Nesse momento imperava de modo contundente os usos e costumes em todas as práticas comerciais realizadas, estes tinham vez em virtude de serem ações reiteradamente realizadas, difundidas e repassadas entre os diversos povos e sociedades. Logo, vão ser essas ações o substrato necessário para a compilação de diversas ordenações escritas e futuras legislações até os dias atuais.¹¹⁴

A existência e o encerramento de diversas práticas reiteradas na ordem das relações comerciais que foram repassadas de um povo ao outro, possibilitam a estruturação dos costumes reiteradamente consumados pelos comerciantes quando nas relações havidas entre eles ou com terceiros; de modo que, com a profissionalização da atividade econômica haverá a necessidade de separação de classes.¹¹⁵

Os usos e costumes se tornam o modo e o meio de regular e estruturar as relações existentes entre os comerciantes e destes com a sociedade, há uma vontade

¹¹¹ ROCCO, op. cit.

¹¹² CAENEGEM, op. cit., p.85.

¹¹³ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ COELHO, op. cit., 2016.

maior de instituir mecanismos que vão protegê-lo e auxiliá-lo durante as suas relações que agora se revestem de caráter jurídico.¹¹⁶

A rapidez com que se desenvolviam as operações dos mercadores, o tecnicismo profissional que as caracterizam, a identidade substancial das necessidades que as determinam, as relações freqüentes que elas originam entre as mesmas pessoas, dão lugar, necessariamente, à difusão de práticas uniformes, que tendem a impor-se como obrigatórias, isto é, a assumir o caráter de verdadeiras e próprias normas jurídicas.¹¹⁷

Consequentemente essas legislações compiladas e esses estatutos vão ser aplicados aos associados por meio dos Tribunais Consulares que vão difundir e permitir a criação de um direito comercial específico para atender às necessidades dos profissionais daquela classe. Contudo, com a difusão e o crescimento do comércio as decisões com base nos usos e costumes passam a ser auxílio único e imprescindível não apenas para a organização das classes nas corporações de ofício, mas também para permitir o aprimoramento e a evolução dos institutos comerciais.¹¹⁸

Os usos e costumes assumem seu caráter de imperatividade e sedimenta, para o direito comercial, um caminho profícuo e rico em instrumentos vindouros. A sistematização das legislações e a interpretação que lhes era atribuída pelas decisões proferidas nas diversas jurisdições do comércio difundiu-se por grande parte da Europa, mas principalmente nas cidades da França, da Espanha e da Itália. Faltava, entretanto, ao direito comercial a qualidade de uma ciência que fosse estudada e difundida por doutrinadores.¹¹⁹

Todavia, a aplicação dos estatutos e ordenamentos sob a égide das corporações de ofício não tardariam a criar conflitos com as comunas alocadas pelas cidades, pois a competência para julgar o comerciante era daquela, enquanto a competência para julgar uma pessoa comum era desta. Instaura-se o conflito que deverá ser dirimido no intuito de resguardar as partes que realizaram determinado negócio.¹²⁰

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ ROCCO, op. cit., p.10.

¹¹⁸ CANEMEGEM, op. cit.

¹¹⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹²⁰ Ibid.

Segundo Alfredo Rocco¹²¹, cabia às corporações julgar, de modo restrito, apenas aqueles que lhe eram associados, ou seja, quem estava devidamente matriculado em seus quadros profissionais, logo, ela não poderia dirimir conflitos entre pessoas estranhas à sua organização; assim, as comunas buscavam evitar o alargamento dessa atuação, pois almejavam manter o seu próprio poder expansivo em perfeita concretude.

Prossegue o autor ressaltando que neste conflito entre jurisdições foram as corporações que lograram êxito ao conseguir, por meio da *vis attractiva*, que terceiros estranhos ao seu quadro social, ao praticar determinados atos próprios dos comerciantes fossem, por meio de uma ficção jurídica, equiparados aos profissionais devidamente matriculados, com a consequente submissão à jurisdição dos juízes das corporações de arte e ofício.

Ainda assim, supra referido autor nos ensina que não se vislumbrava estipular ou formalizar a criação objetiva dos atos de comércio que poderiam ser praticados por qualquer pessoa, o comerciante continuou sendo definido como aquela pessoa que está devidamente inscrita nos quadros das corporações de arte e ofício, formalidade necessária e imprescindível para o concreto exercício da atividade econômica do comércio. Não se retirou o elemento formal da profissão comercial inerente ao exercente da atividade, qual seja, sua inscrição.

Segundo se extrai dos ensinamentos de Gladston Mamede¹²² e dos fatos apresentados, dentre essas legislações, a referência primária é dada para as compilações realizadas durante o período da Alta Idade Média, principalmente para aquelas promulgadas na cidade de Gênova, no ano de 1056, nomeadas de *Consuetudines*, para os *Constitutum Usus* formulados e promulgados na cidade de Pisa, no ano de 1161 e para o *Liber Consuetudinum* existente na cidade de Milão, no ano de 1216, no mesmo sentido em França, no final do século XII, houve a promulgação de pareceres que tratavam sobre a arbitragem no comércio marítimo, conhecidos como *Rôles d'Oleron* ou *Jugements de Oléron*.

Igualmente, durante o período da Baixa Idade Média houve a difusão de diversas legislações que tratavam, principalmente, da sistematização do direito

¹²¹ ROCCO, op. cit.

¹²² MAMEDE, op. cit., 2013.

marítimo, com destaque para as legislações Italianas, que foram, a *Tabla Amalfitana* criada na cidade de Amalfi, o *Brave Maris* ou *Breve Consulm Mercatorum* (1305) na cidade de Pisa e o *Capitulare Nauticum* (1255) na cidade de Veneza.¹²³

Então dos movimentados portos do Mediterrâneo surgiram, inspirando-se nas necessidades quotidianas, collecções de máximas jurídicas e estatutos das corporações dos navegadores, que depois se fundiram nos códigos vigentes. A compilação de usos, que adquiriu maio auctoridade, e a conservou durante mais tempo no Mediterrâneo, foi o *Consolado Del Mare*, publicado na sua edição mais completa em Barcelona cerca de 1370 [...].¹²⁴

Também foram promulgadas outras legislações de significativa importância que cuidavam de comentar as práticas realizadas no mar, bem como suas regras e estipulações.

Na cidade de Rouen houve a vigência do *Guidon de La Mer*, enquanto, na Normandia, incidiram as *Leis de Wisby* que tratavam sobre comércio marítimo e terrestre, sendo, posteriormente, propagadas pelo Norte da Europa. Por fim, é importante citar a vigência das *Decisiones Rotae Genuae de Mercatura* (1581), em Veneza, na Itália¹²⁵.

Será exatamente no período de maior florescimento do direito comercial que a instituição política da época, o Feudalismo, vai entrar em extrema ruptura. Assim, em derradeiro, é no século XIV que diversos fatores críticos concorrem para promover a decadência desse sistema político-social, juntamente com o proliferamente de uma nova classe social sedimentada por intermédio do comércio, a burguesia.¹²⁶

Inúmeras revoltas camponesas vão se espalhar por todo o continente em desatino e rompimento do sistema de controle dos senhores feudais, ocasionando dessa forma uma queda na produção de alimentos que vai desencadear em crise de subsistência, além disso, pela escassez de metais haverá um decréscimo na

¹²³ MAMEDE, op. cit., 2013.

¹²⁴ VIVANTE, op. cit., 1918, p. 330.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

existência de moedas, fato que vai prejudicar a economia das cidades; em derradeiro, há a difusão da malfadada peste negra.¹²⁷

1.3. O IMPÉRIO DO ESTADO ABSOLUTISTA E A CONSAGRAÇÃO DOS ATOS DE COMÉRCIO

A crise do feudalismo (econômica, rural, política e social) permitiu que a classe dos Nobres unificasse suas aquisições para controlar e evitar as insurreições dos camponeses, bem como para controlar o alastramento constante da peste negra que dizimou, aproximadamente, um terço da população europeia. Essa união foi o princípio dos Estados Nacionais que após o controle da crise e a queda do poder e controle exponencial da Igreja vão optar por concentrar o poder unicamente na mão dos reis, instituindo, dessa forma, o Absolutismo.¹²⁸

O comércio ainda é regido e estruturado pela ordem existente dentro das corporações de ofício, bem como sob a incidência de suas próprias normas que, regra geral, vão cuidar da relação confabulada entre os comerciantes. Todavia, com o crescimento das transações comerciais a relação do profissional devidamente inscrito com terceiros (outros comerciantes ou compradores) também será juridicamente afetada pelas normas que cuidam desta classe. Logo, nesse primeiro momento da Idade Moderna o direito comercial ainda será o direito subjetivo das corporações de ofício, ou seja, a defesa de uma classe específica.¹²⁹

Assim, seguindo a visão exposta por Francisco Neto¹³⁰ pode-se apontar, em sentido contrário, que a liberdade para empreender, legislar e atuar será deturpada, pois o governo instaura uma nova forma de política econômica, o Mercantilismo, onde a maior parte dos Estados passará a atuar e interferir diretamente no desenvolvimento da atividade comercial.

O autor ainda aponta que visando contornar os problemas da crise e com o intuito de manter o crescimento social e o controle político, os monarcas decidem

¹²⁷ SOUZA, op. cit.

¹²⁸ NETO, op. cit.

¹²⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹³⁰ NETO, op. cit.

iniciar a busca por terras antes desconhecidas, gerando a política expansionista do colonialismo. Outro fator que influencia essa atuação, principalmente dos países litorâneos que vão se tornar os novos protagonistas do desenvolvimento comercial, como Portugal, Espanha, França e Inglaterra, é a necessidade de buscar outra forma de alcançar o comércio do Oriente, tendo em vista o monopólio do caminho terrestre pelas cidades italianas.

Por esses fatores, o movimento expansionista permitiu o deslocamento dos grandes Estados e a busca por novas terras e por riquezas se torna o fundamento da corrida de dominação que começa a gerar lucros com o aparecimento dos primeiros continentes outrora desconhecidos. A África se torna um grande entreposto comercial de pessoas que vão ser escravizadas e comercializadas, bem como de produtos, especiarias e matéria-prima, principalmente, o marfim.¹³¹

Ainda quando discorre sobre a mudança estatal Francisco Neto¹³², nos permite observar que essa nova política econômica estimula se uma corrida por desenvolvimento e expansão territorial onde impera o metalismo, ou seja, todos os metais preciosos (ouro e prata) e qualquer outra fonte de riqueza deverão ser acumulados e mantidos dentro do território controlado pelo governo; a riqueza é o símbolo de poder e grandeza para os Estados Absolutistas que tudo fazem, determinam e estipulam. O objetivo é crescer e acumular tudo que for possível extrair de suas colônias dentro de seu próprio território, tudo pertence ao Rei e cabe a ele determinar todas as ordens sociais, políticas e econômicas.

Dessa forma, pode-se perceber que o mercantilismo, a expansão territorial e a colonização vão transformar o comércio de um modo exponencial, e assim, o eixo econômico antes concentrado na Europa e na Ásia, por meio do Mediterrâneo, se desloca para as Américas, para a África e conseqüentemente para o Oceano Atlântico. Agora, são os estados nacionalistas que desejam empreender e lutar para ter o controle de todas as posses e riquezas.¹³³

Nesse ponto, Caenegem¹³⁴ nos permite perceber que em razão das grandes navegações, da busca pela manutenção do comércio com as especiarias, a

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ CAENEGEM, op. cit.

¹³⁴ Ibid.

manufatura e o artesanato do Oriente, portugueses e espanhóis vão expandir suas rotas através da invenção de mapas cartográficos, de luneta e outros itens imprescindíveis à marinha. Dessa forma, vão encontrar continentes descolonizados as Américas e parte da África os quais vão nomear de “Novo Mundo”, ainda que habitados por outros povos; enquanto os franceses e ingleses ao explorar o Oceano Pacífico vão chegar à Austrália e Nova Zelândia.

Logo, quando essa nova era de expansão territorial se torna uma corrida em nome do poder e do controle, os Espanhóis descobrem a América do Norte e a toma–como sua colônia para uso e exploração; igualmente, no ano de 1500, os portugueses chegam à América do Sul e a toma como sua colônia, local do qual vão poder extrair grande parte das riquezas naturais, principalmente, madeiras, frutas silvestres, iguarias, peles de animais e metais preciosos.¹³⁵

Nas relações comerciais com outras nações vigorava a política das portas fechadas e a contínua manutenção de preservar a balança comercial favorável, assim, toda a riqueza deveria ser mantida dentro do Estado, era imprescindível evitar a evasão das riquezas, fossem ouro, prata ou moedas. O protecionismo mercantil é a regra cuja pilhagem é o resultado obtido com a imposição de barreiras alfandegárias, um dos recursos para evitar a saída de produtos nacionais e estimular a exportação.¹³⁶

Ante o advento do Absolutismo impera a vontade e a formalidade do controle legislativo e impositivo de todos os setores da sociedade, igualmente, não haverá mais liberdade para o exercício do comércio por parte dos burgueses, de modo que será instituída a política protecionista, bem como a regulamentação da atividade econômica e do desenvolvimento do comércio. Os comerciantes se tornam submissos ao governo absolutista, controlador e totalmente intervencionista.¹³⁷

Mesmo com sua queda na época da Idade Média a igreja ainda exerce grande força e influência no desenvolvimento do governo absolutista e nas estipulações sociais utilizadas para o controle dos fiéis e a punição dos infiéis. Os estudos realizados pela igreja e os julgamentos eclesiásticos que utilizavam diversos métodos de tortura, bem como impunha a punição corporal vão afetar até mesmo a ordem econômica, pois, como outrora ressaltado, muitos padres eram contra a

¹³⁵ BEAUD, op. cit.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ SOUZA, op. cit.

existência do empréstimo com cobrança de lucro, prática considerada como pecado.¹³⁸

De modo complementar, Caenegem¹³⁹ expõe que essa mesma política mercantilista vai controlar o Estado inglês, bem como determinar a conquista o domínio e a descoberta de diversas colônias onde vão buscar crescer e se desenvolver por meio da retirada e extração de toda riqueza encontrada, principalmente com o auxílio da escravidão dos povos dominados.

Outrossim, o comércio inglês, por sua vez, se desenvolve de modo primordial no âmbito marítimo, pois a extensão territorial do país dificultava a diversidade manufatureira e agrária, logo, o progresso dos portos, o aperfeiçoamento das embarcações e da atividade industrial foi o meio mais incisivo de se tornar uma potência mundial.¹⁴⁰

Com a ruptura do poder e controle da igreja na Inglaterra o Rei Henrique VII (1509-1547) passou a reaver as terras dominadas e controladas pelo clero no intuito de poder utilizar e aproveitar estas para o desenvolvimento do comércio, de modo a reinserir estas no “sistema econômico” para a devida e necessária exploração econômica e agrária de terras que seriam mantidas sem uso.¹⁴¹

Ascarelli¹⁴², por sua vez, ressalta que enquanto na Inglaterra a política mercantilista permite uma avassaladora expansão territorial que vai transformar a sua sociedade, bem como permitir o acúmulo de riquezas por parte das Monarquias absolutistas, o comércio se desenvolve por meio do intervencionismo, o tráfico de escravos se torna um de seus principais meios de sustento, precedidos pelo uso das colônias e do desenvolvimento industrial do próprio território onde vigorava a jurisdição nacional do *Common Law* aplicada até mesmo ao comerciante.

Por outro lado, referido autor expõe que a Itália do século XV apesar de ter uma boa desenvoltura econômica e comercial era fraca em armamentos e se encontrava desprovida de uma proteção adequada contra invasões e guerras. Assim, com a sobrevinda das expansões territoriais seus invasores levam a sua decadência

¹³⁸ CAENEGEM, op. cit.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ ASCARELLI, op. cit., 2007.

¹⁴¹ CAENEGEM, op. cit.

¹⁴² ASCARELLI, op. cit., 2007.

política e econômica enquanto centro comercial. Por esse motivo, a Espanha, a França, a Inglaterra e Portugal se tornam o grande centro do desenvolvimento econômico mercantilista.¹⁴³

No século XVI¹⁴⁴ há a propagação de uma série de doutrinas jurídicas preocupadas com a difusão e o desenvolvimento do Direito Comercial pelo estudo e a disseminação das suas questões e fundamentos práticos, não apenas da sua análise e acepção tendo em voga algo advindo das escolas eclesiásticas ou dos estudos canônicos. O direito comercial passa a ser estudado com base nas ordenações e legislações em conformidade com a atividade prática realizada pelos comerciantes – em seu sentido mais amplo - não há apenas mera interpretação literal das legislações passadas.

O caráter da coisa pública passa a deturpar os institutos do direito comercial e desgastando sua característica principal de independência, seu “particularismo de direito fundado sobre a autonomia nacional profissional e sobre os costumes dos comerciantes” sendo submetidos às ordenações e ao controle legislativo dos Estados Absolutistas.¹⁴⁵

Ao se observar esses apontamentos, percebe-se que com o advento dos Estados Nacionalistas e o controle do comércio, bem como a imposição de restrições faz com que os Estados passem a controlar e dominar a coisa privada, dessa forma, os investimentos realizados para a criação das companhias que exploravam os novos continentes e cuidavam da colônia se tornaram percussores das sociedades anônimas; assim, o Monarca outorgava validade ao empreendimento das grandes navegações que eram realizados pelas companhias, todavia, ainda que houvesse investimento e busca pelo lucro, por parte do comerciante, os seus atos ficavam ao alvedrio do representante público.¹⁴⁶

Na Era colonial, havia, por exemplo, sete diferentes “Companhia das Índias Orientais”, sendo a primeira e mais famosa a organizada pelo estado holandês, de 1602. “Companhia das Índias Ocidentais” eram quatro: a francesa, a sueca, a dinamarquesa e a holandesa, esta última, conquistada

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Segundo o entendimento do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2016) é durante o século XVI e até a vigência do Código Comercial de Napoleão, no século XVIII, que ocorre o segundo período da história do direito comercial que será fortemente influenciado pelo intenso comércio na França e na Inglaterra.

¹⁴⁵ ASCARELLI, op. cit., 2007, p. 71.

¹⁴⁶ CAENEGEM, op. cit.

em 1621 com o propósito específico de empreender a conquista do território brasileiro, foi a responsável pelas invasões de Salvador, em 1624, e de Recife e Olinda, em 1630.¹⁴⁷

Igualmente, neste período e em busca de fortalecimento e confiança do Monarca para com os empreendimentos das companhias que ele outorgava, é instituído o monopólio para que cada qual pudesse explorar e extrair as riquezas daquela colônia que fosse devidamente encontrada e utilizada. Nesse sentido, as companhias permitem delinear o instituto da responsabilidade, da formação da pessoa jurídica, do direito dos sócios, da formação do capital social e da limitação da responsabilidade social.¹⁴⁸

Em seu desenvolvimento interior há uma confluência de fatores públicos e privados que permitem a criação de uma pessoa jurídica que será diversa das pessoas físicas (sócios) que a compõe, da mesma forma, permite a separação do seu capital social em ações e essas, por sua vez, podem inclusive ser negociadas nas bolsas de valores que ganham vida com o comércio do crédito.¹⁴⁹

Nesse novo florescer do direito comercial alguns institutos vão ser aprimorados e ganham inovações, como, por exemplo, a falência que passa a ser o processo de bancarrota, sendo considerado ainda como crime; a letra de câmbio vai comportar em seu seio a existência do protesto, da aceitação e do aval; a companhia cresce e ganha espaço, sua-composição de capital é feita pela repartição em ações, essas, por sua vez, podem ser comercializadas nas bolsas de valores que ganham importância e relevância; os bancos crescem e ganham maior autonomia; a responsabilidade comercial ganha contornos mais sólidos e vindouros; entretanto, ainda que advindo de uma vertente libertária e independente do direito civil, os institutos do direito comercial passam a ser monopolizados e controlados pelo Estado¹⁵⁰.

Tendo como forte influência a matéria relativa ao comércio que se difundiu entre o tempo, os povos e através dos continentes a França realizará, sob a égide de um Estado centralizador, a primeira compilação do direito comercial no reinado do Rei

¹⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p.12.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

Luís XIV. Durante seu reinado, contando com o auxílio e a influência de seu Ministro Jean-Baptiste Colbert, houve formulação, conspurcação e vigência das Ordenações do Comércio Terrestre (1673), também conhecidas como Código Savary; alguns anos mais tarde, em 1681, teve vigência também as Ordenações da Marinha, código que disciplinava o comércio marítimo.¹⁵¹

1.3.1. O alvorece do liberalismo econômico

Durante o desenvolvimento do Direito Comercial, em seu período subjetivo, ganhou maior diversidade e disparidade com o Direito Civil e com o fator econômico, ainda que alguns de seus institutos estivessem em confronto direto com a questão econômica, deste não se tornando totalmente independente, pois desde os primórdios ambos surgiram e caminharam em conjunto.¹⁵²

O aparato estatal se mostrava centrado na figura única e magistral do rei que buscava a manutenção de todas as fontes de riqueza sob seu domínio, a classe dos comerciantes começou a perder sua autonomia, pois dependia da anuência do soberano para empreender e criar companhias empreendedoras. Desse modo, as legislações e as corporações de ofício se tornaram submissas ao Estado que através da criação dos Tribunais do Comércio tomou para si o poder de jurisdição até mesmo das matérias comerciais.¹⁵³

Todavia, cresce a existência dos banqueiros e financistas que junto aos comerciantes criam a burguesia que passa a se insurgir contra as arbitrariedades e intervenções constantes dos “déspotas esclarecidos”. Os burgueses crescem e se desenvolvem em razão do comércio constante com outros povos e principalmente com a sobrevivência dos novos continentes que lhes permitem a pilhagem e riquezas, dando vazão ao capitalismo mercantil.¹⁵⁴

A Igreja e a Nobreza com seus contínuos e insurgentes privilégios começam a ser contestadas pelas novas ideias da filosofia moderna, difundidas por

¹⁵¹ MAMEDE, op. cit., 2013.

¹⁵² ARNOLDI, op. cit., 1989.

¹⁵³ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹⁵⁴ SOUZA, op. cit.

Descartes, Hobbes e John Locke, suplantados pelos Iluministas, no século XVIII, que vão dominar a Europa com ideias e novas concepções libertárias dentro da política, da economia e no desenvolvimento e progresso da sociedade.¹⁵⁵

Essas novas ideias e concepções libertárias vão ganhar maior vazão nas ilhas Inglesas. Assim, do ano de 1688 a 1689, eclodiu a Revolução Gloriosa que passado a derrocada do regime absolutista, permitiu o aumento do poder do parlamento, trouxe maior estabilidade política, econômica e comercial (liberdade comercial, propriedade privada, exclusão das restrições comerciais, derrubou a intervenção estatal, dentre outros), garantiu direitos por meio da aprovação e vigência da Declaração de Direitos, o *Bill of Rights*, e, fomentou a base para posterior vigência da Revolução Industrial.¹⁵⁶

Por outro mote, segundo Beaud¹⁵⁷, na França o avanço das ideias libertárias parecia estagnado, a sociedade se encontrava fermentada pela busca e luta por igualdade, liberdade e fraternidade, enquanto a monarquia absolutista impunha e mantinha a separação e segregação social, na busca pela contínua e constante manutenção dos privilégios de sua classe, de seu domínio e controle, principalmente, do comércio, pois era ele que fomentava sua política mercantilista.

[...] no fervilhamento de ideias do século XVIII na França, constitui-se um arsenal ideológico de uma extrema diversidade: armas para contestar a monarquia (contrato social, vontade geral, democracia), para questionar os privilégios da nobreza (liberdade, igualdade), para unir os camponeses e os artesãos das cidades (liberdade, igualdade, propriedade), para atender às aspirações dos fabricantes e dos negociantes (liberdade, ainda, mais de produzir e de comerciar) [...].¹⁵⁸

Esse anseio apontado pelo autor e a luta por mudança foi característica primordial no reinado do Rei Luís XVI, este, por sua vez, buscou realizar uma transformação literal da legislação comercial de 1673, chegou, inclusive, a formar uma Comissão, contudo, seus intentos foram suplantados pela tomada da Bastilha e com

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ VALLE, Camila Oliveira do. **Locke e a "revolução gloriosa"**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 25., 2009, Fortaleza. Anais do XXV Simpósio Nacional de História – História e Ética. Fortaleza: ANPUH, 2009.

¹⁵⁷ BEAUD, op. cit.

¹⁵⁸ Ibid, p.98

o eclodir da Revolução Francesa, marcando o fim do absolutismo francês e da existência do *ancien régime*.¹⁵⁹

Como bem ressalta Beaud¹⁶⁰, no correr desse espírito revolucionário, especificamente na Inglaterra, exsurge os ideais do fomentador da doutrina do utilitarismo, Jeremy Bentham; é ele o primeiro a trazer à baila a visão e importância do fenômeno unificado e centralizado da codificação como um sistema capaz de formalizar as obrigações e os direitos de todos os componentes da sociedade, bem como seus diversos seguimentos, fato necessário em razão da centralidade do governo, bem como ante a busca por uma racionalização jurídica pautada na lógica e na segurança jurídica.

1.3.2. A Codificação Napoleônica e o Direito Comercial

Em sua introdução ao livro de Robespierre, Slavoj Zizek¹⁶¹ nos ensina que ante a derrocada do absolutismo francês houve a difusão das ideologias e garantias (liberdade, igualdade e fraternidade) que a Revolução Francesa buscava consagrar para a sociedade, dessa forma, com a vigência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), o parlamento ganhou maior eficácia, o povo passou a ter direito sobre suas posses, a propriedade privada se tornou uma garantia e o comércio ganhou suas vertentes libertárias sob a dicção do *laissez-faire* (livre fazer), sem a incidência do controle ou submissão ao Estado.

Ainda seguindo o pensamento do autor, pode-se apontar que os primórdios da Revolução Francesa não foram austeros ou pacíficos, após o período da Monarquia Constitucional (1789-1792) que teve maior vigor com a promulgação da primeira constituição francesa no ano de 1791, sobreveio o denominado período do Terror (1792-1794) frente o qual os revolucionários entraram em conflito e os jacobinos instauraram uma ditadura, cuja liderança estava sob as mãos de Maximilien Robespierre.¹⁶²

¹⁵⁹ VALLE, op. cit.

¹⁶⁰ BEAUD, op. cit.

¹⁶¹ ZIZEK, Slavoj. Apresentação. In: ROBESPIERRE, Maximilien. **Virtude e terror**. Apresentação por Slavoj Zizek. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

¹⁶² Ibid.

Por fim, o confronto entre os revolucionários acaba com a derrocada da ditadura do terror e com a morte de seu líder. Em 1794, tem início o momento histórico denominado Diretório e terá como principais articuladores de suas ideias os girondinos, que na questão econômica efetuaram o congelamento do preço dos produtos, causando inúmeros dissabores sociais.¹⁶³

Ante o clamor da insatisfação popular em razão do incessante controle da economia pelo Estado sobrevém o tumulto e a aglomeração social reivindicatória. Receoso, o Diretório convoca o auxílio do exército que por intermédio de seu mais nobre general francês, Napoleão Bonaparte, tomará para si o poder através do Golpe dos 18 Brumário; com o domínio em suas mãos Bonaparte vai terminar por sedimentar os ideais revolucionários.¹⁶⁴

Durante o seu governo duas principais mudanças são instauradas, primeiro será a separação entre a figura do Monarca, como aquele que representa o Estado, e do Primeiro Ministro, como aquele que controla e cuida da governança social; e, segundo, pelo nascimento do Estado Liberal. Outra mudança significativa será realizada no Direito, pois esse momento na história é o divisor de águas para a separação definitiva entre a seara pública e a privada, sendo um dos marcos na vigência do direito comercial, pois é sob sua égide que haverá uma separação material entre aquele e o direito civil ante a vigência de dois códigos dispares e autônomos.¹⁶⁵

O direito privado, já vinha ficando e nutrindo suas raízes, principalmente em virtude da liberdade dos particulares para desde os primórdios atuarem em seu próprio nome e ante seu livre alvedrio. Era justamente pela inexistência de controle que as relações privadas eram pautadas na confiança desde o seu nascedouro, por isso elas se tornam o direito e a vontade das pessoas em poder agir, executar, comercializar ou industrializar como bem desejarem¹⁶⁶. Enquanto os direitos sociais, políticos e *erga omnis* vão se tornar o âmbito e a seara do direito público. Dessa forma, como bem assevera Cássio Cavalli¹⁶⁷, o direito privado “[...] se apresentava como o baluarte dos direitos que não eram fruto do Estado, mas sim de direitos naturais inalienáveis dos indivíduos frente ao príncipe”.

¹⁶³ BEAUD, op. cit.

¹⁶⁴ CAENEGEM, op. cit.

¹⁶⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ CAVALLI, op. cit., p.34.

Antes mesmo de estourar a revolução já se avolumavam e difundiam as correntes de pensadores iluministas que buscavam maior liberdade, igualdade e a separação entre a Igreja e o Estado. Difundiam o pensamento e as ideias de que era preciso estruturar mudanças políticas e sociais, de que a sociedade clamava por igualdade, que as pessoas precisavam de maior proteção e segurança para os seus direitos.¹⁶⁸

No ano de 1800, logo após a tomada do poder, Napoleão Bonaparte ciente dos anseios e das demandas sociais por mudanças e garantias, bem como das determinações contidas na Constituição Francesa de 1791, ordena a convocação de uma assembleia, formada por quatro juristas de grande renome, eram eles, Tronchet, Malleville, Portalis e Bigot de Préameneau com a finalidade de estruturar um código civil.¹⁶⁹

Por conseguinte, terá vigência, no ano de 1804, o Código Civil dos franceses que era organizado de modo sistemático e cuidava das matérias atinentes às pessoas, às coisas (propriedade e direito reais), à herança e à família. Inaugura-se os anseios “correspondentes ao sistema jurídico típico de uma sociedade em desenvolvimento pela via capitalista”, uma vez que a vontade e os ideários estipulados pelos revolucionários foram efetivados, fato que atribui ao Código Civil caráter de primorosa codificação do Direito Privado.¹⁷⁰

Em contrapartida, os comerciantes já não mais se encontram sob a regência das corporações de ofício, pois com o advento da Revolução Francesa elas foram extintas, cedendo lugar à instituição do liberalismo econômico e da liberdade para o comerciante iniciar e exercer de modo contínuo, sem a intervenção do Estado Absoluto, a sua atividade.¹⁷¹

Ocorre que a compilação regente nesse período era o Código Savary, instituído por Luís XIV, este, por sua vez, estava em total desacordo com os novos ideais que consagravam a atividade comercial, igualmente, o comércio demandava mudanças drásticas em sua estrutura, uma vez que a definição subjetiva de

¹⁶⁸ CAENEGEM, op. cit.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹⁷⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneicher de. **Da Codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 74.

¹⁷¹ FERREIRA, op. cit., 1954.

comerciante, sua matrícula nas corporações de ofício, não atendia aos anseios e à difusão da atividade comercial, sendo imprescindível uma transformação.¹⁷²

Por isso, em virtude dos constantes conflitos havidos entre as novas relações existentes, entre comerciantes e não comerciantes, bem como em razão da demanda e dos anseios por mudança exigidos pelos profissionais houve, no ano de 1807, sob a rubrica de Napoleão Bonaparte, a promulgação da primeira codificação comercial que viria a transformar toda a relação e desenvolvimento do direito comercial.¹⁷³

Assim, tem início o período da modernidade que coloca fim ao critério subjetivista de identificação do comerciante, logo, a legislação comercial não é mais aplicada apenas para aquele que está devidamente inscrito nos quadros das corporações de ofício, passando a ser considerado o ato que for realizado pela pessoa, seja ela quem for.¹⁷⁴

O comerciante, enquanto profissional, não desaparece, contudo, a incidência legislativa do Código Comercial não se restringe mais à sua figura, ela não se preocupa mais com fator subjetivo. Agora, em conformidade com a Teoria Francesa, estará submetido à legislação todo aquele que objetivamente, independentemente daquilo que anseia ou almeja, realizar os atos de comércio que vão ser legalmente enumerados e estipulados.¹⁷⁵

Como bem assevera André Luiz Santa Cruz Ramos¹⁷⁶ nesse segundo período do direito comercial “a mercantilidade, antes definida pela qualidade do sujeito (o direito comercial era o direito aplicável aos membros das Corporações de Ofício), passa a ser definida pelo objeto (os atos de comércio)”.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ No entendimento do doutrinador, Fábio Ulhoa Coelho (2016, p.35), esse é o terceiro período do direito mercantil que ocorre durante o século XIX até a primeira metade do século XX. Declara, ainda que nesse momento da história a característica fundamental é a “superação do critério subjetivo de identificação do âmbito de incidência do direito comercial” frente a criação da teoria francesa dos “atos de comércio”.

¹⁷⁵ ROCCO, op. cit.

¹⁷⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do ius mercatorum.** Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745071/mod_resource/content/2/artigo_aula_1.pdf> Acesso em 06 out 2018, p.7.

De modo vindouro a mudança passou a representar um grande salto para os comerciantes que agora não precisavam se submeter a uma corporação de ofício para ter seus direitos e obrigações, bem como segurança jurídica, garantidos.

Todavia, ainda que com o intuito de resguardar a competência e o cuidado das relações comerciais entabuladas por toda e qualquer pessoa sobrevém uma dificuldade de ordem doutrinária e material, qual seja: a dificuldade ou quase impossibilidade de se conceituar os atos de comércio, tendo em vista que não há de se falar na vontade e busca pelo lucro (motivo) ou na pessoa que exerce o ato (comerciante), uma vez que qualquer um, por qualquer razão, poderá executar o ato comercial.¹⁷⁷

A mera realização de um ato descrito e estipulado como ato de comércio já colocava aquela ação sob a égide da jurisdição comercial, não havia busca, estudo ou interesse nos fatos que haviam motivado a realização ou prática daquela ação.¹⁷⁸

Com a inovação e incidência objetiva dos atos de comércio a legislação francesa abriu um domínio da França sobre o estudo e a difusão da ciência das atividades comerciais que causou o dispersar de suas novas concepções, inspirações e determinações pelo mundo, fato que somente comprova o caráter cosmopolita do comércio e a necessidade de regras correlatas entre todos os países e continentes para que o desenvolvimento industrial, econômico e comercial seja contundente e efetivo em todos os polos mundiais.¹⁷⁹

Waldemar Ferreira¹⁸⁰ nos demonstra o modo frutífero como o Código Comercial (1808) napoleônico foi bastante influente em diversos países, como, a Bélgica, a Grécia, a Holanda, a Turquia e o Egito. Enquanto alguns adotavam a sua completude e o instituíam apenas com algumas mudanças para adequação à sociedade outros o tomaram como base para as suas próprias legislações.

Em sequência aponta o fato de a Espanha ter promulgado, em 1829, seu código comercial que era influenciado pela codificação francesa e por fontes indígenas, todavia, ele foi alterado pela vigência plena do novo código comercial no

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ COELHO, op. cit., 2016.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

ano de 1885. Portugal teve seu primeiro código comercial no ano de 1833, contudo, ele foi substituído pelo seu sucessor em 1888.¹⁸¹

Ante sua excepcional vida comercial e com o intuito de se manter enquanto grande difusor das práticas comerciais influentes a Itália decide seguir as concepções teóricas francesas e implanta uma reforma legislativa no ano de 1865. Entretanto, houve apenas a unificação das legislações que diziam respeito à matéria comercial em um único dispositivo, além de acoplar a inclusão de outras matérias pertinentes que evoluíram, lapidaram e se transformaram ao longo do tempo.¹⁸²

Ocorre que, segundo o pensamento de Alfredo Rocco¹⁸³, mesmo após a vigência desse Código Comercial espanhol, no ano de 1866, que foi apenas fruto da compilação das esparsas legislações sobre o comércio, a atividade já demandava mudanças e alterações, fato que culminou na convocação de uma Comissão específica que após diversas tratativas e formulações conseguiu a aprovação, em 1883 do Código Comercial Italiano que em sua matéria sofreu influências da França, Bélgica e Alemanha.

O Novo Código sofreu a influência do código francês e da legislação francesa, naquela parte que diz respeito ao direito marítimo e à falência; da legislação belga, quanto às sociedades; da legislação alemã, quanto ao direito cambiário. No seu conjunto ele destaca-se notavelmente do modelo francês, sobre o qual leva grande vantagem pelo que tem de complemento, pela sua ordem e pelo seu sistema, mas não pode dizer-se que seja um código original, embora mereça louvor por algumas inovações importantes [...].¹⁸⁴

Na América do Sul, Waldemar Ferreira¹⁸⁵ expõe que a maioria dos países foram regidos por legislações comerciais que em quase nada se diferiam do código espanhol, são elas, a Bolívia (1834), o Peru (1902), a Colômbia (1869), o México (1889) e o Uruguai (1869). De modo díspar, segundo o entendimento do autor supramencionado, alguma originalidade foi atribuída aos códigos do Chile (1867), da Argentina (1889 e 1902 – lei de falências) e da Venezuela (1904).

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² ARNOLDI, op. cit., 1998.

¹⁸³ ROCCO, op. cit.

¹⁸⁴ Ibid, p.28.

¹⁸⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

De modo diverso era o desenvolvimento das legislações e difusões doutrinárias na Inglaterra e na América do Norte. No que tange às legislações sobre o comércio não são devidamente expressas pela inexistência da separação do direito comercial com o direito comum, pois ambos adotam como características primordiais o direito consuetudinário. Em sua maioria os comerciantes são regidos pelos princípios gerais do direito (*Common Law*) no que tange às matérias das obrigações, enquanto, alguns institutos específicos estão devidamente regulamentados em legislações especiais.¹⁸⁶

Contrapartida, em sequência ao crescimento da doutrina francesa acerca das matérias comerciais vinha o direito comercial germânico exercendo enorme influência e ganhando vigor durante os anos de 1840 e 1850 entre os doutrinadores e juristas. Dessa forma, como bem assevera Alfredo Rocco¹⁸⁷ “Thöl criou, com efeito, tirando-o do nada, o direito comercial alemão, fundando-o em bases essencialmente romanistas” pautando em sua “lógica rigorosa, êle soube [...] extrair daquele corpo de doutrinas milenário os princípios mais aptos para regerem as mais recentes exigências do movimento comercial”.

Dessa forma, a Alemanha se preocupou, desde meados do ano de 1845 com a formulação de uma lei para as letras de câmbio que ganhou vigência, como legislação específica, no ano de 1847 e foi adotada por diversos países. O Código Comercial alemão se tornou um trabalho em discussão após a reunião da Comissão de Nuremberg tendo sido promulgado em 1861.¹⁸⁸

Frente esses posicionamentos, pode-se apontar o código alemão que foi adotado por quase todos os países de domínio germânico, dentre eles, a Prússia (1861), a Áustria (no ano de 1850 adotou a lei da letra de câmbio e em 1862 o código comercial alemão), a Hungria (no ano de 1875 adotou o código comercial alemão, em 1876 adotou a lei da letra de câmbio e em 1881 adotou a lei de falências), a Suíça (no ano de 1881 optou por unificar toda a parte das obrigações do direito privado em um único código, contudo, em 1911, após nova reforma as obrigações foram agrupadas ao código civil) e o Japão (1899).¹⁸⁹

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ ROCCO, op. cit., p.94.

¹⁸⁸ FERREIRA, op. cit., 1954.

¹⁸⁹ Ibid.

Consequentemente, o direito comercial se engrandece e robustece enquanto ciência, de modo que doutrinadores e juristas se tornam grandes estudiosos de seus institutos e de seu desenvolvimento na sociedade. O intuito é compreender a incidência da legislação quando em análise do contexto prático executado pela própria atividade comercial, contudo, com a vigência do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), em 1896, diversas matérias comerciais vão ser absorvidas e acopladas em seu seio, momento em que o estudo da ciência comercial acaba se enfraquecendo enquanto os estudiosos migravam em debanda para os campos do direito civil.¹⁹⁰

1.3.3. Código Comercial de 1850

Em atenção ao objeto de estudo desse trabalho é imprescindível compreender e estudar as minúcias do desenvolvimento do Direito Comercial na sociedade brasileira, pois é aqui que vamos entender o nascedouro de suas raízes nacionais e sua propagação pelo território nacional.

Nesse ponto, pela análise da obra de Jorge Caldeira¹⁹¹ acerca desse período, observa-se que o desenvolvimento da história brasileira teve início no momento em que os Portugueses, durante o período das Grandes Navegações, pisaram pela primeira vez em solo nacional. Desse ponto em diante haverá uma profícua difusão das práticas comerciais, primeiro pelo conhecimento dos povos culturalmente diferentes por meio do escambo, pois os indígenas não utilizavam a cunhagem da moeda metálica, portanto, não viam sentido, nem lhe atribuíam valor e, em segundo, pela extração e controle.

Desde então o domínio Português, sob sua nova colônia, o Brasil, se tornou expansivo, de modo a utilizar a terra para a produção de açúcar e tudo que dele pudesse derivar, bem como para a extração do pau-brasil, do ouro existente nas diversas minas terrestres, junto a toda e qualquer riqueza existente no continente.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ CALDEIRA, Jorge. **História da riqueza do Brasil** – cinco séculos de pessoas costumes e governo. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

Portanto, o que a princípio eram trocas por meio do escambo deixou de ter efeito pela imposição dos dominadores sob os dominados.¹⁹²

Como no território brasileiro não havia uma ordenação estatal de organização política e ordem jurídica, não se vislumbrava a hipótese ou necessidade de legislações específicas que cuidassem da estrutura social. Na visão da metrópole a finalidade do continente era apenas para extrair toda a riqueza possível, não havia intenção de povoar o novo continente.¹⁹³

Frente esse fato, era preciso que os comerciantes tivessem normas e regras a seguir, portanto, considerando que a colônia era uma extensão da metrópole passará à regência das próprias legislações portuguesas. Assim, a primeira legislação aplicada foi a Ordenação Afonsina (1446 – 1514), seguida pela Ordenação Manuelina (1521 – 1595) e, por último, pela Ordenação Filipina (1603 – 1916).¹⁹⁴

Igualmente, segundo Teresa Cristina de Novaes Marques¹⁹⁵, como forma de controlar o comércio da colônia com a metrópole foi instituída a criação das Juntas Comerciais (mantidas em Portugal) enquanto órgãos colegiados e compostos por representantes do Monarca, dessa forma ele conseguia ter um controle total sobre os produtos comercializados ao passo que dominava o mercado de modo a garantir o monopólio da coroa.

No mesmo sentido, a finalidade das juntas comerciais era praticamente as mesmas das corporações de ofício, tinham estatutos próprios, regulavam os comerciantes, cuidavam de suas atividades, administravam, difundiam conhecimentos em contabilidade, finanças e afins, sempre com o intuito de estimular o desenvolvimento do profissional que deveria estar compulsoriamente matriculado em seus quadros para o devido controle do Estado.

A difusão dos ideais e pensamentos libertários da Revolução Francesa começa a produzir efeitos até mesmo no cenário brasileiro, de modo que os liberalistas passam a se inflar contra o controle excessivo do Estado nas atividades comerciais.¹⁹⁶

¹⁹² BEAUD, op. cit.

¹⁹³ BOBBIO, op. cit., 2004.

¹⁹⁴ BEAUD, op. cit.

¹⁹⁵ MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **A instituição do registro comercial na administração pública brasileira e os acervos de documentos para a história de empresas.** Disponível em <<http://www.abphe.org.br/arquivos/teresa-cristina-de-novaes-marques.pdf>> Acesso em 09 out 2018.

¹⁹⁶ CAENEGEM, op. cit.

Diversos comerciantes vieram morar na colônia brasileira para a facilidade de extração da matéria-prima, uma vez que a ida e volta de navio era desgastante e demorada. O povoamento lento e gradativo da colônia foi feito em princípio por representantes da coroa, por comerciantes, por escravos e por prisioneiros portugueses que eram expulsos do território.¹⁹⁷

No Brasil, como bem apresentado por Waldemar Ferreira¹⁹⁸, não havia regras ou Tribunais próprios que cuidassem de sua estrutura ou das práticas comerciais, sendo apenas uma continuidade de sua metrópole. Esse fato sofrerá grande mudança, no ano de 1808 com a chegada da família real portuguesa que tomou sua colônia como o único refúgio contra a fúria das tropas de Napoleão Bonaparte. Por esse motivo, logo após a sua chegada, o Rei Dom João VI proclama, em 28 de janeiro de 1808, uma Carta Régia determinando a abertura dos portos brasileiros para transações comerciais com as nações amigas.

Ressalta, ainda, o supramencionado autor que em 03 de agosto de 1808, na cidade do Rio de Janeiro, é instalado o Tribunal da Junta do Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação que em sua composição contava com 11 (onze) membros escolhidos pelo Rei. Dentre suas atribuições lhe cabia cuidar do controle do comércio (entrada e saída de produtos), das decisões sobre determinados litígios e do funcionamento do comércio brasileiro com as nações amigas, principalmente, a Inglaterra.

Importante apontar que juntamente com o Direito Comercial, no futuro, as juntas comerciais vão se desenvolver por cada estado tendo sempre o intuito primordial de fiscalizar e cuidar da regularização, primeiro dos comerciantes, depois dos atos de comércio e, por último, do registro das empresas.¹⁹⁹

Essa alteração acabou iniciando o período de concretização e efetividade do Direito Comercial brasileiro por meio da difusão e lapidação das práticas comerciais, juntamente com a aplicação e incidência dos títulos de crédito, com a criação do Banco do Brasil e com a prática dos usos e costumes importados da Europa.²⁰⁰

¹⁹⁷ ROCCO, op. cit.

¹⁹⁸ FERREIRA, op. cit., 1954

¹⁹⁹ MARQUES, op. cit.

²⁰⁰ ARNOLDI, op. cit., 1998.

A abertura dos portos brasileiros acarretou o fim do Pacto Colonial, ou seja, não era mais necessário mandar os produtos da colônia para a metrópole antes que estes fossem devidamente comercializados; era a abertura para o liberalismo econômico, para a independência e emancipação do Brasil.²⁰¹

Acerca desse momento político Waldemar Ferreira²⁰² no permite perceber que antes mesmo do grito de independência, em 1822, e da promulgação de um Código Civil, em 1916, houve o agrupamento e a busca por concretizar uma codificação sistêmica e lógica que agrupasse e unificasse todos os institutos, princípios e anseios do direito comercial em um único conglomerado. Os estudos jurídicos e doutrinários para a sua criação tiveram início no ano de 1809.

Contudo, o autor faz a ressalva de que nada seria devidamente resolvido antes do grito de independência e da possibilidade do Brasil poder se autogovernar em âmbito político, econômico e social. Frente esse novo viés a primeira norma do Brasil Império foi a Constituição de 1824, essa, por sua vez, garantia o viés libertário para o desenvolvimento do comércio, abolia todas as corporações de ofício, seus juízes, escrivães e mestres, além do cuidado de garantir o direito de propriedade dos inventos aos inventores.

Em ressalva acerca dessa condição o autor depõe que mesmo ante a égide do manto da independência o Brasil apesar de ser detentor de sua liberdade para governança, para administrar e legislar, não era detentor de um aparato legal que cuidasse da ordem e do progresso da sociedade, por esse motivo, foi assinado a “Lei da Boa Razão” que permitia a incidência e vigência das legislações portuguesas, todavia, quando houvesse lacuna seria aplicada as legislações mais consentâneas das nações cristãs da Europa, fato esse que tornava o cenário comercial amplo e inseguro.

Caenegem²⁰³ nos permite observar que no campo doutrinário e prático do direito comercial brasileiro houve influência da nova constituição e das legislações portuguesas, espanholas e francesas. De modo que, frente às contínuas demandas por independência legislativa dos comerciantes juntamente com o próprio comércio

²⁰¹ MARQUES, op. cit.

²⁰² FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁰³ CAENEGEM, op. cit.

nacional e internacional houve a instituição de uma comissão para estudo, criação e discussão de um novo Código Comercial no ano de 1832.

Adiante, o autor aponta que no ano de 1834, de posse do projeto de lei a comissão selecionada o apresentou ao governo para que pudesse ser analisado e perpassasse pelo procedimento necessário para estudo, averiguação, votação e promulgação. Pela leitura da exposição de motivos apresentada ao governo é possível perceber a dificuldade ventilada pelos membros da comissão em determinar ou estipular regras específicas pela falta de práticas comerciais, de legislações para a organização processual do comércio e da construção e difusão de diversas garantias e segurança para os comerciantes.

Nessa esteira apontam²⁰⁴ que coube à comissão analisar e utilizar as melhores acepções dos códigos europeus, principalmente, da França, Espanha e Portugal, além de analisar os escritos mais notáveis sobre o comércio. Da mesma forma, preocupavam-se com as garantias contratuais, com o desenvolvimento do comércio, com a proteção da boa-fé e disrupção de fraudes e atos imorais.

Após ser remetido à Câmara dos Deputados, foi determinado que se realizassem emendas, pois apesar de sua necessidade primordial, o código não poderia ser aprovado sem as mudanças que demandava o correto estudo e a análise de artigo por artigo. Houve a nomeação de uma nova comissão conjunta, após o qual o projeto foi reapresentado e novamente discutido, por fim, foi promulgado pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, o Código Comercial do Império do Brasil que passou a vigorar, após o período de *vacatio legis* em janeiro de 1851^{205 206}.

Passa a vigorar o Código Comercial Brasileiro que tinha como consentâneo legal a adoção da teoria francesa dos atos de comércio. Em seu interregno ele era composto por uma primeira parte que tratava sobre as regras e estipulações com o comércio em geral, uma segunda parte que cuidava de organizar e sistematizar o comércio marítimo, a terceira que disciplinava o funcionamento das quebras e o título

²⁰⁴ A íntegra da exposição de motivos pode ser encontrada no seguinte sítio eletrônico, disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI150796,51045-Em+1834+uma+comissao+apresentava+o+Projecto+do+Codigo+Commercial+do>> Acesso em 16 out 2018.

²⁰⁵ Como bem ressalta Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1998) além do próprio Código Comercial e do Regulamento n. 737, houve ainda a promulgação e vigência da regulamentação da atividade dos corretores (Decreto n. 806, de junho de 1851), dos leiloeiros ou agentes de leilão (Decreto n. 858, de novembro de 1851), bem como, dos interpretes do comércio (Decreto n. 863, de novembro de 1851).

²⁰⁶ ARNOLDI, op. cit., 1998.

único que trazia em seu esteio condições acerca da administração da justiça nos negócios e causas comerciais; todavia, apesar da adoção imperfeita da teoria dos atos de comércio houve uma falha drástica, pois o Código Comercial não apresentou um conceito do que viria a ser o ato de comércio, tanto menos, estipulou um *rol* de quais seriam esses atos.²⁰⁷

Ao contrário, a legislação comercial apontava a mercancia como o efetivo exercício do comércio, nada obstante, essa também não foi devidamente estipulada ou definida. Por conseguinte, essa estipulação deixou dúvidas tanto nos doutrinadores do comércio, como nos próprios comerciantes e principalmente na jurisdição própria dos comerciantes.²⁰⁸

Destarte, logo após sua vigência, foi necessária a realização de reformas para suprir essa lacuna legal. Motivo pelo qual, no final de 1850, promulgou-se o Regulamento nº 737 que disciplinou a organização processual e jurisdicional dos Tribunais do Comércio e, no mesmo sentido, regulamentou, em seu artigo 19²⁰⁹, os atos que seriam considerados como mercancia.²¹⁰

A referida medida se mostrou imprescindível, uma vez se mostrava necessária a diferenciação dos atos civis e comerciais a fim de estabelecer os critérios definidores da aplicação da legislação comercial e aqueles afeitos à égide da legislação cível.²¹¹

Ainda assim, o Código Comercial era alvo constante de interrupções e discussões entre os próprios doutrinadores, em virtude do confronto enfrentado em razão da não adequação dos seus dizeres objetivos com as questões subjetivas que restavam descobertas.²¹²

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ “Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2º As operações de cambio, banco, e corretagem; § 3º As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos; § 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo; § 5º A armação e expedição de navios” (BRASIL, 1850).

²¹⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

Nesse sentido, segundo Ricardo Costa²¹³, pode se extrair que o ato de comércio, apesar da teoria francesa que o definia e consagrava como o período objetivo do direito comercial, neste ponto não se resumia, pois havia características totalmente subjetivas que organizavam a atividade comercial e estavam sistematizadas na própria legislação. Em arremate o autor assevera que “se a relação se funda num ato de comércio, o efeito é definir tal relação como comercial e aplicar-se-lhe o direito mercantil”, fato que se extraí da simples definição legal, todavia, “não obstante o alcance da articulação *acto-relação*, o CCom. não avança com uma definição de *acto* de comércio, nem sequer de comércio”.

Apona em sequência, no mesmo sentido Alfredo Rocco²¹⁴, o fato de o direito comercial brasileiro, assim como o direito comercial francês, não terem se preocupado em criar uma condição totalmente objetiva que viesse a definir todo o quadro e englobar toda a matéria comercial. Pelo contrário, sempre houve a vigência de uma condição subjetiva que resguardava apenas aquele que exercesse a atividade profissional do comerciante, como, por exemplo, algumas obrigações específicas para quem exercesse a mercancia ou a empresa, as provas processuais, os livros comerciais obrigatórios, aqueles atos celebrados apenas por comerciantes, algumas questões bancárias. Atos e práticas que não eram condicionadas ou englobadas como atos de comércio (mercancia), se encontravam soltas e sem a devida segurança. Ou seja, fugiam à matéria comercial nos termos definidos pela própria legislação específica, ainda que fosse por ela regulada.

Conquanto existisse essa disrupção entre o sentido objetivo e subjetivo do direito comercial frente o Estado Brasileiro, o direito comercial era composto por sua própria legislação material que cuidou do comerciante e do seu modo de exercer a atividade, posteriormente, com o Regulamento nº 737, houve a instituição de uma jurisdição própria composta por Tribunais e juízes específicos, fato que cuidava de delimitar e organizar o modo de aplicação da legislação tornando-o totalmente independente, ainda que complexo e com lacunas.²¹⁵

²¹³ COSTA, Ricardo. **O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal.* São Paulo: Saraiva, 2014, p.11.

²¹⁴ ROCCO, op. cit.

²¹⁵ COSTA, op. cit.

1.4. O NEOLIBERALISMO, A EMPRESA CONTEMPORÂNEA E A TEORIA DA EMPRESA

O transcorrer dos séculos XIX e XX marca o desenvolvimento, a mutabilidade e a transição do direito comercial, principalmente com a propagação das ideologias doutrinárias que se confrontam entre a unificação ou fragmentação daquele com o direito civil. Fato este que será abordado adiante, principalmente com a difusão das doutrinas e fundamentos por trás de cada pensamento. Todavia, esses séculos não são totalmente benéficos, em suas intempéries são marcados pela luta contra as ditaduras, contra o terror, contra as crises econômicas e contra a continuidade da expansão territorial.²¹⁶

Dessa forma, com o advento da Revolução Industrial o mundo passa a ser dominado pela disseminação das máquinas a vapor que dispensam a força humana para sua movimentação e locomoção. O ser humano se torna mero partícipe da produção que agora é quase totalmente feita, em grande escala, pelo uso de combustíveis fosseis e, posteriormente, em virtude da eletricidade, pela energia elétrica; ambos se tornam fundamentais para o contínuo engrandecer do capitalismo industrial que vai se propagar pela América do Norte, pela Europa, Ásia, América do Sul e pelo continente Africano.²¹⁷

O progresso científico e tecnológico prospera e se potencializa de modo exponencial. Diversas técnicas são amplificadas auxiliando no otimizar das atividades comerciais e industriais. As matérias-primas concentram o fator essencialidade, além de demandar uma constância na obtenção, ferramentas são criadas e outras aperfeiçoadas, a mecanização dos fatores de produção se torna constante e possibilita a confecção em larga escala; o carvão se torna o principal meio fóssil de funcionamento das indústrias.²¹⁸

Ante a facilidade na produção as atividades comerciais crescem e se desenvolvem cada vez mais, agora podendo contar com diversos meios e modos de produção. As fábricas e o crescimento industrial permitem a diversidade de produtos

²¹⁶ CAVALLI, op. cit.

²¹⁷ BEAUD, op. cit.

²¹⁸ COELHO, op. cit., 2016.

que vão ser ofertados e vendidos no mercado interno e externo, os títulos de crédito ganham diversas formas e possibilidades, se alastram pelo mercado nacional e internacional; os empréstimos concedidos pelos bancos auxiliam no avanço da industrialização, os contratos mercantis específicos ganham maior vigor e utilidade, a economia nacional cresce com a circulação do dinheiro, a especulação e o mercado agrícola se expandem. Tudo se encaminha para a constante mudança e evolução.²¹⁹

José Luís Fiori²²⁰ aponta que o dinheiro passa a ter como validade o valor inscrito no papel-moeda ou na moeda metálica, perdendo totalmente o valor que lhe era atribuído em razão da quantidade de ouro ou liga de prata utilizada na sua composição. Assim, os Estados passam a perceber que sua ordem e poder são também relacionados com o modo como ele é visto fora de seu território; assim, ao mesmo tempo em que o comércio se enobrece perdendo todas as suas fronteiras limítrofes, o intuito do Estado de monopolizar as fontes de riqueza caminha no mesmo sentido.

Por essas questões o autor depõe que o poder ainda está concentrado nas diversas tentativas de crescimento exponencial dos grandes Estados que querem controlar os sistemas políticos e econômicos mundiais. As trocas constantes existentes entre os Estados se acumulam em primazia; o poder e controle político e militar disseminam o novo ápice da ordem mundial. Por sua vez, essa nova ordem prospecta uma lógica sem precedentes de modo a instigar a corrida armamentista e seu acúmulo e lapidação sob a ótica de que apenas dessa maneira, haverá paz entre os países vizinhos.

Em consequência, o Estado centralizador se torna o único meio de difusão e proteção social, o fenômeno da globalização dissemina o respeito e permite a diversificação cultural, social e econômica. Contudo, o intuito de constante crescimento e controle das riquezas estatais, além da luta pelo controle na busca pelo petróleo, pelo poderio do armistício militar e controle das riquezas desencadeará diversas crises subsequentes que vão afetar todo o mundo, pois “[...] nenhum poder pode se sentir inteiramente seguro, num mundo de unidades competitivas”, fator este

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ FIORI, José Luís. **Formação, Expansão e Limites do Poder Global**. In: FIORI, José Luís (organizador). O poder americano. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

que estabelecerá “[...] um círculo vicioso de acumulação contínua de segurança e poder”.²²¹

Igualmente, é quanto à necessária segregação e delimitação dos territórios globais que passam a ser restritos, afetando o anseio de controle e domínio mundial, que sobrevirá a revolução. Por essa razão as grandes nações não estão dispostas a aceitar as barreiras limítrofes e voltam à aplicação das políticas imperialistas e expansionistas, assim, seu objetivo é impor o controle cultural, político e econômico das riquezas, assegurando o seu monopólio mundial.²²²

Nesse contexto o mundo se vê abalado pela vigência de duas Grandes Guerras Mundiais que afetam sobremaneira a vida e a dignidade da pessoa humana, principalmente em virtude do contexto e da disseminação de ideologias que buscam “validar” as diversas mortes e exortações desumanas praticadas. Em âmbito econômico e financeiro, as moedas são eivadas por crises diversas afetando todo o desenvolvimento nacional e internacional, demonstrando assim que é necessário uma constante fiscalização e controle, permitindo aos Estados tomar para si essa obrigação na intenção de romper com o despudorado liberalismo.²²³

À medida que a guerra se alastra é perceptível uma drástica mudança no mercado mundial, de modo que as regras do momento não são definidas pelo consumidor e os seus desejos, é o “mercado da guerra” quem ditará novas regras; a guerra determina as novas necessidades sociais, principalmente a produção de mantimentos primários de subsistência e armamentos militares.²²⁴

A construção de uma “máquina de guerra”, por mais simples que fosse, requeria uma quantidade significativa de homens, alimentos e dinheiro que eram, a um só tempo, recursos bélicos e econômicos. A própria conquista e controle de novos territórios, as “zonas de segurança” de que fala Charles Tilly, visava estabelecer fronteiras estratégicas, mas tinha, ao mesmo tempo, o objetivo de conquistar e acumular recursos que também eram econômicos: terras produtivas, mão de obra camponesa, colheitas e, sobretudo taxas e tributos, os recursos líquidos e monetizados que tanto necessitavam os governantes das “unidades imperiais”.²²⁵

²²¹ Ibid, p.26.

²²² Ibid.

²²³ VON MISES, Ludwig. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

²²⁴ VON MISES, op. cit. 2010.

²²⁵ FIORI, op. cit., p.29.

A guerra mostra não somente as crises da humanidade, mas, também, os problemas econômicos e financeiros que afetam as indústrias, os comerciantes e a economia, tanto em âmbito nacional quanto global (quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929, crises inflacionárias e deflações exorbitantes, decadência social, segregação em classes sociais e outros). Afetará sobremaneira as políticas de oferta e demanda do mercado, causa sérios problemas de desemprego e conseqüentemente a falta de circulação da moeda, pois não há mais o consumo constante, além de afetar a industrialização pela decadência do fornecimento das matérias-primas.²²⁶

Com a finalidade de combater esse regime capitalista difundido ao logo da evolução social há a disseminação das novas ideias socialistas, contando com dois principais expoentes doutrinários, Karl Marx e Friedrich Engels.²²⁷

Nesse cenário, pós-Segunda Guerra Mundial, duas grandes potências, Estado Unidos e União Soviética, vão se digladiar no intuito de propagar a conquista de corpos e mentes ao difundir os ideais do capitalismo e do socialismo, advém a Guerra Fria (1947 – 1989). Essa disparidade que será denominada pela doutrina de conflito bipolar tem fim com a queda, em 1989, de seu maior símbolo de repressão, o Muro de Berlim, e com a vitória e expansão da doutrina capitalista.²²⁸

Outrossim, enquanto a Europa estava concentrada no conflito bipolar, o Brasil, apesar da sua ínfima participação nas Grandes Guerras almejava resolver seus próprios e derradeiros problemas, principalmente políticos e econômicos. No âmbito político, diversas insurreições se alastram pelo continente, entretanto, o grande ápice das mazelas brasileiras é ventilado com o Golpe de 1964, momento em que os militares tomam o poder e o país é dominado por um período de Ditadura Militar no qual as liberdades são drasticamente suprimidas e a repressão se torna regra.²²⁹

Enquanto o país buscava manter o comércio e o crescente acompanhar das mudanças e estruturas mundiais havia uma constante dificuldade em se estruturar a vigência de uma moeda suficiente forte com capacidade de acompanhar as mudanças inflacionárias do mercado. Por esse motivo, foi preciso a adoção de

²²⁶ VON MISES, op. cit.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ FIORI, op. cit.

²²⁹ Ibid.

diversas moedas e planos monetários diferentes em virtude das constantes “crises da moeda”, assim, a primeira moeda adotada foi o Réis (R), após foi o Mil Réis (RS), precedido pelo Cruzeiro (Cr\$), pelo Cruzado (Cz\$), e para o Cruzado Novo (NCz\$), após, no ano de 1990, voltou ao Cruzeiro (Cr\$), sendo substituído pelo Cruzeiro Real (CR\$), no ano de 1993, e, por fim, para o Real (R\$), em 1994, que ainda é a moeda adotada e vigente no cenário brasileiro.²³⁰

Igualmente, com a reafirmação dos poderes do estado e a tomada do controle com a queda dos militares em 1985, toma corpo a, então vigente, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em âmbito estatal, o império do liberalismo exacerbado se mostra aviltante e prejudicial aos interesses dos trabalhadores e dos consumidores que constantemente são lesionados e prejudicados em seus direitos e garantias. A consagração do *laissez-faire* se torna uma discussão de peso nas econômicas nacionais e globais que permeiam o mundo.²³¹

No alvorecer da segunda metade do século XX houve a adesão de novas mudanças legais e doutrinárias que ganham terreno com o fim da Segunda Guerra Mundial frente a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a preocupação com a integridade da pessoa humana, é o império do Estado Democrático de Direito. A globalização se avoluma e constitui o desenvolvimento das nações por meio da criação de blocos econômicos e de acordo bilaterais ou multilaterais que vão permitir uma maior integração entre os diversos povos, economias e culturas.²³²

Sobrevém a idealização e difusão do neoliberalismo²³³ que vai servir para garantir a liberdade do ser humano de ter sua propriedade industrial e poder exercer

²³⁰ GARCIA, Roosevelt. A evolução da moeda brasileira – uma breve história do nosso dinheiro desde os tempos do Império. **Veja São Paulo**, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em <<https://vejasp.abril.com.br/blog/memoria/evolucao-moeda-brasileira/>> Acesso em 07 dez 2018.

²³¹ BEAUD, op. cit.

²³² COELHO, op. cit., 2016.

²³³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o sistema do neoliberalismo dentro do Título VII ao tratar sobre a Ordem Econômica e Financeira, assim, os particulares possuem liberdade para exercer suas atividades privadas e econômicas comerciais, contudo, haverá a fiscalização e o controle por parte dos órgãos estatais para que esta seja realizada conforme os ditames e princípios esculpidos no artigo 170 da Carta Magna, sendo assim estipulados, “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado

suas atividades comerciais, contudo, ele será regulado e regido pelo Estado que buscará controlar tudo que é feito e realizado, buscando, dessa forma, evitar a incidência de controles arbitrários e ilícitos de mercado, dos *trustes* (oligopólios e monopólios).²³⁴

Por conseguinte, caberá ao Estado cuidar do direito público e da organização da sociedade, garantindo os direitos de toda e qualquer pessoa humana, enquanto o particular poderá livremente exercer as atividades que deseja.²³⁵ Trata-se da consagração da liberdade para iniciar uma atividade comercial, para exercê-la e concorrer com todos os outros *players* participantes do mercado.²³⁶

Igualmente, terá vigência o quarto momento do Direito Comercial, sendo denominado por alguns doutrinadores²³⁷ como o período subjetivo moderno, pois a teoria francesa dos atos de comércio deixará de ser a característica primordial para a incidência da legislação, sendo substituída pela nova teoria e pela nova caracterização do objeto de estudo comercial, qual seja, a teoria da empresa, cunhada e difundida por Albert Asquini, fato que será abordado em sequência juntamente com as correntes teóricas que advogam pela unificação e pela segregação do direito comercial e do direito civil.

1.4.1. As bases teóricas e históricas da unificação da codificação do Direito Privado

Pouco a pouco o comércio nasceu junto à necessidade que as pessoas tinham de regular as relações privadas, com o tempo ele engendrou suas raízes e se expandiu entre os povos, as sociedades e as nações²³⁸, ganhou força e incidência

conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

²³⁴ COELHO, op. cit., 2016.

²³⁵ BOBBIO, op. cit., 2004.

²³⁶ COELHO, op. cit., 2016.

²³⁷ Dentre esses nome pode-se mencionar: Fábio Ulhoa Coelho (2016), Gladston Mamede (2013), Waldemar Ferreira (1954), Waldo Fazzio Júnior (2015), dentre outros.

²³⁸ SMITH, op. cit., 2014.

crescente e contínua principalmente após a era das grandes codificações, período em que houve a sistematização do Código Comercial francês, de 1807, de um lado e do Código Civil, de 1805, de outro.²³⁹

Frente as questões apontadas anteriormente, põe-se que ambos tiveram influência de fontes históricas como a compilação e os estudos realizados pelos jurisconsultos e glosadores europeus acerca das legislações, práticas e jurisprudências extraídas do período em que regeu o Império Romano e da Idade Média. O intuito era manter a separação entre esses dois ramos do Direito Privado em codificações distintas, cabendo ao direito comercial cuidar das relações específicas, enquanto ao direito civil remanesce a parte geral.²⁴⁰

Logo, essa divisão foi sedimentada na doutrina moderna que passa a se intensificar a partir do século XIX, fomentado a constante ideia e concepção de que caberia à legislação civil cuidar diretamente daqueles institutos não regulados pela norma comercial, enquanto à normativa comercial caberia cuidar unicamente daquelas ordens específicas em sua legislação enquanto de caráter puramente comercial.²⁴¹

A dificuldade da legislação em determinar e delimitar dentro da esfera jurídica a matéria e o que efetivamente seria o comércio tornou preferível ao legislador realizar uma abordagem sintética daquilo que efetivamente é definido como comércio, contrapartida, optou por delimitar de modo específico e minucioso quais os atos de comércio ou aqueles que a ele se assemelham.²⁴²

Nesse sentido e com a vigência do Código Comercial Francês o Direito Comercial se mostrava uma disciplina própria e específica que seria aplicada não mais aos inscritos nas corporações de ofício, mas aos comerciantes que consubstanciassem as práticas dos atos de comércio. Todavia, essa condição objetiva de aplicabilidade da norma comercial, com o tempo, se alargou e perdeu sua simplicidade técnica e limítrofe.²⁴³

²³⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁴⁰ CAENEGEM, op. cit.

²⁴¹ ROCCO, op. cit.

²⁴² Ibid.

²⁴³ FERREIRA, op. cit., 1954.

A verdade é que, na realidade, ao lado do comércio tradicional dos produtos colhidos e manufacturados, outras formas e tipos de actividade comercial se viera desenvolvendo e se lhe foram pouco a pouco acrescentando, tais como, o comércio de título, o dos prédios rústicos e urbanos, o do crédito, o do trabalho e o do risco. E assim do mesmo modo, pode dizer-se que – ao lado da actividade comercial de natureza profissional, isto é, sistemática e especulativa, de uma restrita de pessoas, como é a dos comerciantes – uma outra actividade comercial, não profissional mas ocasional, se veio também desenvolvendo; actividade de uma multidão de pessoas que, sem fazerem do comércio uma ocupação sistemática todavia procuram, sempre que podem, realizar uma especulação comercial.²⁴⁴

Essa condição logo comportaria disrupções e discrepâncias que vão afetar diversas relações sociais de pessoas que não exercem nenhum tipo de actividade económica, enquanto outras actividades não enquadradas são deixadas de lado. Dessa forma, as restrições objectivas que a teoria dos atos de comércio trouxe não foram capazes de comportar as mudanças trazidas após a vigência da Revolução Industrial.²⁴⁵

Com a Revolução Industrial veio o surgimento da propriedade privada, das relações com as máquinas, das manufacturas, da agricultura, da industrialização, da empresa e diversas outras actividades económicas que não se enquadravam como ato de comércio. Fato que permitiu a confusão entre a correcta definição de quem se submetia ao Código Comercial e quem não, ou seja, o comércio passou a englobar e tomar para si várias outras matérias que a ele não estavam submetidas e ainda a deixar de englobar matérias que a ele deveriam ser submetidas. Tal situação distorceu a incidência da legislação mercantil e demandou mudanças sedimentadas nas respostas formuladas pelas doutrinas que passam a defender a unificação da codificação do direito privado, pois o geral seria mais importante que a segregação das partes.²⁴⁶

Por um lado havia uma corrente que advogava em *prol* apenas da unificação de toda a questão das obrigações, pois estas eram comuns para ambos os direitos.²⁴⁷ De modo diverso havia quem defendesse a total unificação do direito e por

²⁴⁴ ROCCO, op. cit. p.217.

²⁴⁵ ASCARELLI, op. cit., 2007.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Para maior aprofundamento do pensamento de cada autor e corrente de pensamento vale a leitura da obra de Paulo R. C. Arnoldi, intitulada Direito Comercial: autonomia e unificação e publicada em São Paulo pela Editora Javoli, no ano de 1989. Nela o autor traz uma compilação de autores e seu posicionamento, além de trazer a obra de onde retirou aquela ideia e posicionamento. Em seu livro ele nos agracia com um resumo do principal ponto de cada pensamento.

outro estavam aqueles que combatiam essa ideia na defesa da contínua separação em virtude da especificidade das matérias comerciais.²⁴⁸

Segundo Paulo C. R. Arnoldi²⁴⁹, pode-se ressaltar que os defensores da unificação do direito das obrigações acreditavam que essa junção em um único corpo sistêmico tinha a finalidade de açambarcar um espírito de renovação moderna que fosse capaz de acompanhar a estrutura industrial moderna e crescente, além de estar alinhado com o contínuo e crescente progresso econômico que se mostrava exuberante.

É nesse sentido, que a corrente doutrinária que advoga e luta em *prol* da unificação apenas da matéria das obrigações em um único código, não sendo civil, nem comercial, colhe seus louros no ano de 1881, quando a Suíça promulga o seu Código Único das Obrigações, posteriormente precedidos pela Polônia, em 1933.²⁵⁰

Nessa mesma época, no ano 1892, ganha espaço a colocação de Cesare Vivante que se apresenta, com toda sua primazia, como um dos doutrinadores jurídicos que defende e abraça o movimento de unificação do Direito Privado, inclusive o faz de modo público em um discurso proferido durante a sua aula inaugural na Universidade de Bolonha.²⁵¹

À vista disso, como bem apontando por Paula Forgioni²⁵², as ideias centrais que Vivante utilizava para embasar o seu posicionamento de unificação apontavam que a dicotomia não deveria ser mantida, pois, “[i] mantinham-se mais pela tradição do que pelas boas razões; [ii] causa dano de índole social e jurídica – pessoas que não são comerciantes ficavam sujeiras às suas regras, talhadas para os mercadores; [iii] trazia prejuízos para o progresso científico, pois os comercialistas não estudariam as regras gerais”.

Portanto, concatenava suas ideias sob o apontamento de que a dicotomia não mais merecia colhida, pois ela havia sido criada unicamente para beneficiar os interesses de uma classe específica, os comerciantes que deveriam se inscrever nas

²⁴⁸ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Comercial: autonomia e unificação**. São Paulo: Editora Javoli, 1989

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ COELHO, op. cit., 2015.

²⁵¹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

²⁵² FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. Prefácio Eros Roberto Grau. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.106.

corporações de ofício para se revestirem dessa característica subjetiva, todavia, essa condição classista não mais subsistia.²⁵³

Arremata sua defesa ao apontar que este ramo excepcional do direito privado havia inaugurado uma vertente expansiva que invalidava a contínua manutenção da dicotomia entre o direito civil e o direito comercial, pois, ao longo do tempo, o direito comercial tinha perdido a sua especialidade abrangendo matérias atinentes à generalidade das pessoas regidas pelo direito civil.²⁵⁴

Vivante²⁵⁵ corrobora sua posição de unificação e se coloca contrário à junção apenas do Direito das Obrigações com a seguinte afirmação:

E' difícil fazer uma separação nítida entre a matéria regulada pelo Código civil e a regulada pelo Código comercial, porquanto o conceito jurídico do comércio se vai modificando e geralmente alargando juntamente com o progresso legislativos, e também, sob o regime das leis atuais, com o aparecimento de novas formas econômicas. A dificuldade de distinguir nitidamente estes dois campos é tão superior aos esforços legislativos e científicos, as questões que surgem diariamente d'aquela separação artificial danificam de tal forma o exercício simples e pronto da justiça, que alguns legisladores pensaram cortar todas as dificuldades regulando por meio de um só código tanto os negócios civis como os comerciais; é o que se fez recentemente na Suíça, e igual tendência manifestou o direito alemão nas recentes reformas legislativas [...].

Igualmente, declara que a dicotomia não merece prosperar, pois essa divisão do direito privado “em dois Códigos vae basear principalmente a sua origem em condições económicas, judiciarias e sociais, que hoje desapareceram”, dessa forma, uma vez que a única justificava para a separação se evanesce ele define que restará apenas “vários períodos históricos” que em nada vão corroborar e sustentar essa busca incessante pela separação do Direito Privado²⁵⁶.

A tomada de posicionamento por Vivante foi o divisor de águas para que diversos outros doutrinadores, em âmbito mundial, se erguessem em *prol* da unificação e passassem a se empenhar para que esse acontecimento fosse corporificado com a vigência de legislações únicas.²⁵⁷

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

²⁵⁵ VIVANTE, op. cit., 1918, p.8.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Importante ressaltar que o próprio Vivante, mesmo tendo defendido o pensamento unificador, foi o primeiro a voltar atrás em suas considerações e impor-se em favor da total separação das normas civis

No polo oposto, em *prol* da dicotomia, está o entendimento de Waldemar Ferreira²⁵⁸ para quem o direito comercial era visto enquanto autossuficiente, enquanto aquele capaz de regular todas as suas próprias relações, bem como as atividades econômicas sem exigir ou demandar uma necessária complementação legislativa, divergindo da generalidade do código civil que cuidava e regulava a vida, as obrigações, os bens e a propriedade de toda e qualquer pessoa desde o seu nascimento.

Dessa forma, ao considerar primordial a independência que o direito comercial conquistou ao longo da sua evolução mundial, o autor buscará validar e defender a sua independência, principalmente quanto ao fato de que a sua força expansiva permitiu que ele viesse a fixar uma estrutura inconfundível capaz de condensar normas próprias e específicas totalmente distintas das civis, ainda que as legislações tenham se desenvolvido lado a lado.²⁵⁹

Ao contrário do que entendem os unificadores, Paulo Roberto Colombo Arnoldi²⁶⁰, defende a separação e manutenção desta dicotomia. Consagra que o direito comercial e o direito civil são matérias distintas e díspares, não em sua totalidade, pois englobam alguns pontos comuns e gerais, como, por exemplo, o Direito das Obrigações, todavia, cada qual, cuida e adota suas especificidades próprias (princípios, conceitos, institutos e relações, dentre outros) que lhes tornam tão díspares e lhes dão sua individualidade.

O autor reforça que cada disciplina comporta seus aspectos mínimos e minuciosos que conspurcam e validam as relações jurídicas estabelecidas entre aqueles a quem sua legislação se aplica, desse modo o direito comercial vai reger as relações determinadas como profissionais, pois ela engloba a relação entre exercentes de atividades econômicas sob a tutela de uma regulamentação específica que vai cuidar dos seus direitos e deveres.

Por outro lado, defende que as relações jurídicas havidas entre pessoas enquanto tais, sem o critério objetivo da empresarialidade, estão regidas sob a égide da legislação civil, do mesmo modo como as questões relacionadas às pessoas, ao

e comerciais em Códigos díspares, assunto que será abordado com maior profundidade nesta tese entre as páginas 117 a 120.

²⁵⁸ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ ARNOLDI, op. cit., 1998.

seu estado civil, sua capacidade, a herança, os testamentos, casamento e morte. A característica primordial do direito civil é a vida humana, a própria pessoa em seu estado primevo.²⁶¹

Em derradeiro, aponta que o fato que consubstancia e torna vigorosa a crescente ideia de unificação ou, melhor dizendo, “absorção pura e simples do Direito Comercial pelo Civil” encontra base no fato de que tanto a matéria de obrigações, quanto a matéria dos contratos é comum para ambas, todavia, importante salientar que as questões gerais são comuns, pois as relações comerciais demandam apontamentos e questões bastante específicas em seus contratos pela dinamicidade que a matéria carrega em suas práticas rotineiras.²⁶²

No Brasil, as correntes doutrinárias não tardariam a se dividir entre os apoiadores da unificação e os contrários. Entretanto, antes mesmo de Vivante tomar uma posição, o doutrinador brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas, o qual havia sido encarregado de realizar e apresentar ao Governo um novo projeto para o Código Civil formalizou e principiou, em 1859, os primeiros auspícios da ideia da unificação do Direito Privado. Contudo, o seu projeto não foi aceito e as suas relações com o governo foram extirpadas; todavia, o esboço que ele criou foi entregue e mantido.²⁶³

Sob os auspícios da doutrina unificadora é no ano de 1912 que o doutrinador, professor e jurista de grande renome, Inglês de Souza, encarregado de elaborar um Projeto para o Código Comercial não se ateu apenas ao comércio em si próprio. Apresentou um Projeto de Direito Privado, de modo a aderir e acreditar que deveria ser realizada uma unificação das matérias civis e comerciais em um único corpo sistemático de normas.²⁶⁴

De modo derradeiro a ideia de Inglês de Souza minguou com a sua morte, em 1917, mesmo após o projeto ser remetido ao Congresso, esse foi fechado no ano de 1930 e restou frustrada a ideia de unificação do Direito Privado em um único Código.²⁶⁵

²⁶¹ Ibid.

²⁶² ARNOLDI, op. cit., 1989, p. 39

²⁶³ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁶⁴ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁶⁵ Ibid.

Nos anos seguintes outras comissões foram formadas na tentativa de criar um novo código comercial que fosse mais moderno e englobasse todas as mudanças contínuas e constantes do comércio. Um código que tivesse como base a prática interna do comércio brasileiro uma vez que ainda eram regidos por uma legislação quase centenária e obsoleta. Desse modo, a última ideia de unificação das obrigações adveio da criação de um anteprojeto de código das obrigações formulado por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães o qual nem mesmo chegou a ser apresentado para apreciação.²⁶⁶

Nesse sentido, o Brasil já demonstrava, embora houvesse doutrinadores que defendessem os três posicionamentos, a sua insistente e constante tentativa de adesão e legalidade de sistematizar a unificação do Direito Privado. Fatos que eram visíveis frente a dificuldade da doutrina de efetivamente segregar e separar o âmbito de incidência da matéria comercial, sem contudo, afetar o direito civil, pois, muitas vezes, algumas pessoas comuns, não comerciantes, acabavam afetados por institutos comerciais, como a falência.²⁶⁷

No transcorrer dessas mudanças e constantes tentativas, na Itália, em 1919, Cesare Vivante é convidado para compor uma comissão de estudos para a formulação de um Projeto para o Código Civil Italiano. O intuito é dar vida e forma para a unificação do Direito Privado, todavia, naquele momento ele recua e volta atrás em suas ideias e apontamentos, declara que não se mostra vindouro unificar as duas matérias sem causar forte prejuízo e interferência à ciência do Direito Comercial, pois este é constantemente mutável e acompanha o desenvolvimento e a estrutura dinâmica do comércio, enquanto aquele é restrito e transmuta-se em grau menos célere.²⁶⁸

Ademais, Luiz Antônio Guerra da Silva²⁶⁹, trata justamente sobre o equívoco em se permitir e efetivar a unificação das matérias do direito privado. Ressalta que a junção de parte da matéria comercial no corpo legislativo civilista é

²⁶⁶ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁶⁷ COELHO, op. cit., 2015.

²⁶⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direitos societário – volume 1**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁶⁹ SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002 grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28793-28811-1-PB.pdf>> Acesso em 29 out 2018.

uma tentativa de engessar e tornar rígido, quase imutável e excessivamente burocrático, os institutos dinâmicos do direito comercial. Ressalta, ainda, que o Direito Comercial precisa estar acompanhando a constante evolução, inovação e crescimento constante do comércio nacional e internacional. Logo, o melhor é que ele fuja totalmente do direito civil e das suas amarras insidiosas. Assevera com brilhantismo o fato de que os títulos de crédito, com a sua adoção e inserção no Código Civil Brasileiro de 2002 os tornou “travados” sem a possibilidade de alteração e mudança para acompanhar o desenvolvimento das novas tecnologias.

Essa discussão juntamente com os defensores da continuidade da dicotomia, não se aquietou ou deixou de ganhar vultoso espaço na sociedade moderna, principalmente com as grandes mudanças tecnológicas e os avanços estruturais do mercado que demandam normas mais claras, dinâmicas e menos burocráticas.

1.4.2. O Código Civil Italiano de 1942

Em continuidade ao outrora apontado, as mudanças estruturais nos sistemas econômicos e financeiros dos Estados após o fim das Grandes Guerras (1914 – 1918 e 1939 – 1945) foram significativas e transmutaram os ideais liberais, fiscalizando assim a atuação do comerciante. Desse modo o Estado toma para si o cuidado de fiscalizar as atividades industriais, manufatureiras, dentre outras, bem como se torna interventor da atividade econômica por meio da estatização.²⁷⁰

Os países, por intermédio da globalização, que auxilia no desenvolvimento e crescimento conjunto das nações, passam a se reunir em agrupamentos em *prol* de ideais e interesses comuns e correlatos. Nesse cenário internacional diversas organizações intergovernamentais são criadas com a finalidade de auxiliar no desenvolvimento das atividades empresarias, dentre elas, podemos citar a Organização Mundial do Comércio (1995), bem como diversos blocos econômicos

²⁷⁰ BOBBIO, op. cit., 2004.

que envolvem apenas uma parcela dos Estados, cuja finalidade é melhorar o universo empresarial e o desenvolvimento de cada um de seus componentes.²⁷¹

De modo enfático, na Itália, se avolumava os ideais de promover a unificação do direito privado com a sucção do direito comercial pelo direito civil. De um lado havia aqueles que apontavam os motivos para que houvesse a referida unificação, enquanto outros defendiam com enfática contundência a segregação entre esses dois ramos do Direito Privado tanto pelas suas características quanto pela dispersão entre as relações civis (formalísticas) e as relações comerciais (dinâmicas).²⁷²

Ocorre que a questão doutrinária e legal não são os únicos fatores que influenciam a vigência e sobrevivência de uma codificação, cuja função é sistematizar um ordenamento jurídico-social, de modo a criar, desenvolver, estipular e limitar ou amplificar os direitos e deveres das pessoas; sempre há um resquício da classe social dominante, bem como dos interesses políticos que organizam a sociedade no momento do estudo, difusão e promulgação de uma legislação.²⁷³

No caso do direito comercial não seria diferente, pois, é durante o desenvolvimento da Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) que sobrevém duas de suas principais mudanças e alterações, primeiro, pela vigência do seu quarto período de caracterização por meio da vigência da teoria da empresa, segundo, pela regência da tese de unificação.²⁷⁴

Assim, no ano de 1942, durante o governo fascista de Benito Mussolini, haverá a promulgação e vigência da sistemática do Código Civil (*Codice Civile*) Italiano o qual, contrapartida, iniciará o novo período comercial. Com a alteração do seu polo central, a teoria francesa dos atos de comércio deixa de ser aplicada e será substituída pela teoria da empresa como o centro de toda a ordem empresarial.²⁷⁵

Como bem assevera Fábio Ulhoa Coelho²⁷⁶, “é fato que a uniformização legislativa do direito privado já existia em parte na Suíça, desde 1881, com a edição de código único sobre obrigações”, contudo este não modificou o centro de estudo do

²⁷¹ FIORI, op. cit.

²⁷² ASCARELLI, op. cit., 2007

²⁷³ ANDRADE, op. cit.

²⁷⁴ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ COELHO, op. cit., 2016, p.37.

direito comercial, de modo que não teve tanto impacto quanto a alteração Italiana. Por outro lado, assegura “[...] será o texto italiano que servirá de referência doutrinária porque, embora posterior é acompanhado de uma teoria substitutiva à dos atos de comércio”.

A ideologia do fascismo surge antes mesmo da eclosão da Primeira Guerra Mundial, contudo somente vai conquistar seu espaço após dissuadir os populares contra as intempéries e a necessária insurreição contra o liberalismo. Sob a alcunha de um terceiro regime, em contrapartida ao comunismo e ao liberalismo, surge como um tipo de governo que concentra em seus anseios ideológicos um sistema que combinava o corporativismo, o totalitarismo, o nacionalismo e o anticomunismo.²⁷⁷

Essa forte oposição ao liberalismo e ao capitalismo almejava retirar do controle da sociedade pós-guerra (1932) a consagração de todas as classes sociais e econômicas de modo a unificar os comerciantes com o proletariado que tanto fora lesionado e desamparado frente o regime liberal do capitalismo. Primava-se pela consagração e conspurcação de uma ideologia igualitária cujas bases encontravam um forte viés socialista.²⁷⁸

Todavia, até mesmo no limiar da Segunda Guerra Mundial o grande inimigo que atordoava as barreiras e digladiava com unhas e dentes contra o fascismo, de Mussolini, e o comunismo de, Stálin, era o capitalismo difundido pelos Estados Unidos da América que se alastrava por todo o globo com ares de o grande *hegemon*.²⁷⁹

No outono de 1943, o maior inimigo do fascismo, para Mussolini, não era mais o socialismo, mas o capitalismo, ou, antes, a burguesia, por ele considerada responsável pelo naufrágio da Itália. Esquecendo que o fascismo só foi capaz de chegar ao poder e nele manter-se graças ao compromisso firmado com as classes dirigentes, primeiro no setor agrário e depois no de negócios, com a corte e a hierarquia militar, ele julgava poder escorar-se nas classes populares para regenerar seu regime.²⁸⁰

²⁷⁷ BERNARDO, João. **Labirintos do Fascismo** – na encruzilhada da ordem e da revolta. Porto: Edições Afrontamento, 2005.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ MILZA, Pierre. **Os últimos dias de Mussolini**. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

²⁸⁰ MILZA, op. cit, p.14.

Dessa forma, a instituição da ditadura fascista almejava a imposição de um estado corporativo “revolucionário e, ao mesmo tempo, socialmente unificador” que concentrava em suas bases o propósito e a ferrenha vontade de “garantir o progresso econômico e a justiça social unindo os patrões, gestores e trabalhadores num quadro legalmente constituído”.²⁸¹

Sua raiz que buscava criar e instituir uma política de intervencionismo do estado na economia encontrou em seu maior aliado a teoria da empresa formulada por Albert Asquini. Assim, a figura das sociedades e companhias que existiam ao tempo do Código Comercial Francês vão ser englobadas enquanto modalidade para o de empresa; dessa forma, a intensa vontade de criar e suplantar uma sociedade com uma distribuição igualitária trouxe ao anseio do fascismo a imposição contra o liberalismo econômico, possibilitando ao governo ter o controle de maior parte do capital e dos fatores de produção, ainda que de modo indireto.²⁸²

Doutrinariamente a nova concepção empresarial se difundiu e dissipou suas raízes pelo mundo em contraposição à doutrina francesa dos atos de comércio. Essa, por sua vez, minguou em total esfacelamento, tanto foi que, “a partir de meados do século XX, não tem mais dividido os empreendimentos em duas categorias (civis e empresariais), para submetê-los a regimes distintos” como ocorria em virtude do seu caráter objetivo da teoria francesa.²⁸³

É nesse cenário político de imposições, domínios e controle que surge a unificação relativa da codificação do Direito Comercial no corpo do Código Civil, de modo a permitir o maior controle dos fatores de produção por meio do Estado nacionalista, logo, o fator primordial que deu vida à teoria da empresa nesse momento, foi político.²⁸⁴

Importante ressaltar que poucas discussões doutrinárias dão o devido destaque para o momento histórico em “que a disciplina da empresa fora introduzida

²⁸¹ BLINKHORN, Martin. **Mussolini e a Itália Fascista**. Tradução Pedro Elston. Lisboa: Gradiva, 1985, p.50.

²⁸² FORGIONI, op. cit., 2009.

²⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Objeto do direito comercial brasileiro**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.46.

²⁸⁴ FORGIONI, op. cit., 2009

na Itália para viabilizar a condução da economia pelo Estado, encarnado-a como ente organizador, gerador de riquezas”.²⁸⁵

Paula Forgioni²⁸⁶ ressalta que a própria vigência do Código Civil Italiano trouxe em seu esteio a concentração dos direitos comerciais, civis e trabalhistas, pois o seu intuito no momento político, econômico e social era de derrubar o liberalismo consagrado aos comerciantes. Para tanto, sua principal base foi a *Carta Del Lavoro* que regulava as relações civis na Itália.

Essa política intervencionista, inclusive, veio a ser adotada por grande parte dos governos, até mesmo pelo Brasil, contudo, logo regrediu ao se mostrar deverás prejudicial ao desenvolvimento dos empresários, bem como, por dar vida às deformações mercadológicas, pois o Estado passou a intervir mais na empresa, seus fatores de produção, seu desenvolvimento e sua economia advogando contrariamente à livre-iniciativa e à livre-concorrência.²⁸⁷

Fatos históricos, políticos, sociais e econômicos que inclusive vão servir como base para a disseminação e criação da política neoliberalista.²⁸⁸

1.4.3. A teoria poliédrica da empresa de Alberto Asquini

No correr do século XX o grande difusor e doutrinador que trouxe junto à sistemática do Código Civil Italiano a vigência da empresa, bem como inaugurou o quarto período do direito empresarial foi Albert Asquini.²⁸⁹

O referido autor trouxe à baila a nova visão subjetiva para o exercício da atividade econômica, qual seja, a constituição da empresa. Sob essa ótica se determinaria como empresa a atividade econômica para a qual houvesse a organização dos fatores de produção de modo a realizar, fabricar ou circular bens e/ou serviços.²⁹⁰

²⁸⁵ Ibid, p.59.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ FERREIRA, op. cit., 1954.

²⁸⁸ FORGIONI, op. cit., 2009.

²⁸⁹ COELHO, op. cit., 2015.

²⁹⁰ Ibid.

Ademais, Paulo Roberto Arnoldi²⁹¹ declara que houve a transição para a visão de uma organização de atos cadenciados, não sendo mais preciso a preocupação com a definição e estipulação dos atos de comércio, do mesmo modo que substituiu a figura do comerciante pela figura do empresário, que agora é aquele quem exerce atividade empresarial, ou seja, exerce empresa.

O estudo da empresa, segundo a teoria econômica formulada e estudada por Albert Asquini é denominada de Teoria Poliédrica da Empresa, pois aponta que a empresa (enquanto atividade econômica) precisa ser visualizada sob quatro diferentes aspectos, sendo, (i) o perfil subjetivo, (ii) o perfil objetivo (ou patrimonial), (iii) o perfil funcional (ou dinâmico) e o (iv) perfil corporativo (ou institucional).²⁹²

Em seu estudo cada perfil comporta as diversas características e visões com que se poderá observar o desenvolvimento da empresa. Assim, o primeiro perfil, o subjetivo, é aquele que trata acerca da pessoa do empresário enquanto aquele que, por sua própria conta e risco, executa com autonomia a atividade econômica. Ricardo Negrão²⁹³ ressalta que esse exercício poderá ser realizado pela pessoa natural (empresário individual) ou pela pessoa jurídica (sociedades empresárias).

O segundo perfil, o objetivo (ou patrimonial), é aquele que concentra os bens, corpóreos e incorpóreos, utilizados pelo empresário para o exercício da atividade econômica. É a construção do patrimônio, “azienda”²⁹⁴.

O terceiro perfil, o funcional (ou dinâmico), se vislumbra pelo efetivo exercício cotidiano da atividade econômica realizada com o intuito de atingir algum objetivo específico. Por fim, o quarto e último perfil, o corporativo (ou institucional), é aquele que considera a empresa como o centro onde se reúnem todos os seus colaboradores para uma mesma finalidade, ou seja, “formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum [...]”.²⁹⁵

²⁹¹ ARNOLDI, op. cit., 1998.

²⁹² ASQUINI, Albert. **Perfis da Empresa**. Tradução Fábio Konder Comparato. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série – Ano XXXV, N. 104*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996

²⁹³ NEGRÃO, op. cit.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ ASQUINI, op. cit., p. 122.

A concepção de empresa estruturada pelo jurista italiano demonstrava o funcionamento, além dos diversos fatores e momentos próprios que são devidamente utilizados no exercício da atividade econômica.²⁹⁶

Essa concepção não encontra características próprias e específicas do Direito, ao contrário, foi exportada da economia; por isso, adveio a necessidade de seus desdobramentos em diversos conceitos jurídicos, que são o de empresário, o significado de atividade, e a necessária inserção do que é o estabelecimento comercial. Logo, apesar de vigorosa, a doutrina e os estudos difundidos por Albert Asquini “conquanto tenha significado relevantíssimo avanço à consolidação da teoria da empresa, não pôs fim às incertezas relativas à delimitação do âmbito do direito comercial”.²⁹⁷

Embora assista razão ao presente doutrinador, é preciso atenção ao que o próprio Asquini apontou ao tratar sobre a teoria da empresa. O autor italiano defende que a base estrutural desse entendimento advém de um conceito eminentemente econômico, pois este serve como princípio (unitário) para qualquer tipo de empresa, seja ela comercial, agrícola ou outra, todavia é imprescindível a atenção do jurista e do legislador, pois “quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico”.²⁹⁸

Fato este que, para Asquini era representado pelo fenômeno poliédrico da empresa, por isso, a necessidade de criar diversos conceitos jurídicos acoplados ao econômico para validar e tornar factível a teoria da empresa no âmbito jurídico. De modo raso, essa discussão não é foco da presente pesquisa, contudo, é imprescindível apontar essas questões doutrinárias.²⁹⁹

A inserção deste conceito e da mutabilidade estrutural, principalmente no Direito Brasileiro, trouxe diversas questões e discussões não somente para a seara do direito comercial, enquanto ramo específico do direito privado. Igualmente demandou uma drástica alteração da concepção de pessoas jurídicas de direito privado, uma vez que o Código Civil Brasileiro, de 1916, tratava apenas acerca das

²⁹⁶ COELHO, op. cit., 2015.

²⁹⁷ CAVALLI, op. cit., p.126.

²⁹⁸ ASQUINI, op. cit., p.110.

²⁹⁹ Ibid.

sociedades mercantis, além disso, dentro do próprio Código Comercial foi preciso uma forte mudança e constante estudo doutrinário quanto aos limites de personalização e separação da autonomia entre as pessoas físicas (sócios) e a pessoa jurídica (empresa), pois, como bem assevera Fábio Ulhoa Coelho³⁰⁰:

Ao contrário, diversos preceitos estabeleciam solidariedade entre sócios e sociedade, cogitavam interferências nas relações societárias de fatos típicos da vida de pessoas naturais, como a morte ou a declaração de incapacidade mental. A imprecisão no reconhecimento da sociedade, como pessoa distinta da dos sócios, correspondia ao incipiente grau de desenvolvimento da teoria das pessoas jurídicas [...].

Essa mudança de ordem global afetou todo o mercado e seus novos participantes, os empresários. No Brasil, o Código Comercial de 1850, que já ultrapassava o seu centenário será drasticamente modificado e abandonado à própria sorte; primeiro com a derrogação de toda a sua terceira parte através da promulgação, em 1945, do Decreto-Lei nº 7.661 que dará vida à Lei de Falências.³⁰¹

E segundo por meio da organização de um conjunto de diversos estudiosos que deram razão à corrente doutrinária que defendia a unificação da codificação do direito comercial pelo direito civil, bem como das obrigações, sob os auspícios de que não se existia condições suficientes para a contínua segregação e manutenção da dicotomia, dando vazão a este com a vigência e promulgação do Código Civil, de 2002.³⁰²

Desse modo, o Código Civil agrupou toda a seara das obrigações em sua parte especial, especificamente no livro I (do direito das obrigações) reduzindo a maioria dos atos praticados à regulamentação sistemática, formal e burocrática do rigor civilístico. Além disso, revogou todo o livro primeiro do Código Comercial que tratava do comerciante e englobou a nova organização da atividade econômica: a empresa, no livro II da sua parte especial (do direito de empresa).³⁰³

Ademais, restou ao Código Comercial de 1850 apenas a segunda parte que diz respeito às embarcações e ao Direito Marítimo. Importante ressaltar que desde

³⁰⁰ COELHO, op. cit., 2015, p.37.

³⁰¹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁰² Ibid.

³⁰³ MAMEDE, op. cit., 2013.

1875 houve a derrogação da justiça especializada e voltada apenas aos assuntos correlatos ao Direito Comercial, sob o fundamento de que não havia justificativa para a criação e manutenção desta.³⁰⁴

Todavia, até o presente momento, essa mudança não se mostra satisfatória por grande parte da doutrina, de modo que, além de todo o contexto histórico continuamente apontado no transcorrer desse primeiro capítulo haverá outros diversos fatores discutidos em sequência que demandam e corroboram a importância, exuberância e constante incipiência da reestruturação de um Código Comercial vindouro, inovador e pautado nas melhores técnicas e práticas do meio comercial nacional e internacional.³⁰⁵

1.5 A MUTABILIDADE DINÂMICA DE UM NOVO MERCADO FRENTE UM NOVO DIREITO COMERCIAL

Conforme foi ressaltado o Direito Comercial é uma ciência que se transmutou ao longo do tempo, sempre acompanhando as diversas mudanças e estruturas das atividades econômicas, do mercado, da moeda, da empresa, do empresário e todos aqueles (consumidor, trabalhadores, colaboradores, fornecedores) que gravitam ao seu redor, pois ele é uma disciplina dinâmica, mutável e flexível.³⁰⁶

É principalmente a partir do século XXI que o “comércio” cresce, evolui e se transforma na mesma proporção que as vontades e os desejos da sociedade mudam, bem como, em conformidade com os avanços científicos e tecnológicos volvidos à constante transformação. Algumas atividades ganham maior agilidade e facilidade na produção, outras concatenam maior poder de eficiência com a informatização dos meios de organização e estrutura.³⁰⁷

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ NORONHA, João Otávio. **Comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁰⁶ FORGIONI, op. cit., 2009.

³⁰⁷ SMITH, op. cit., 1996.

De forma irrefutável a vigência do quarto período do Direito Comercial, frente a vigência da Teoria Polidrica da Empresa de Albert Asquini que restou incluída no corpo do Código Civil abandonou a sistemática do Código Comercial à própria sorte. Deixou-se ao seu resto apenas a matéria atinente ao Direito Marítimo a qual restou renegada ao passado, ao ano de 1850, sendo preciso a constante difusão de estudo doutrinário, jurisprudencial e atenção aos usos e costumes nessa seara, em conjunto com as disposições contratuais.³⁰⁸

O advento da globalização e da crescente mutabilidade do mercado tem exigido e clamado por mudanças legais e regulamentadoras que devem ser realizadas com urgência, sob o risco de se romper com a segurança jurídica esperada pelos empresários, nacionais e internacionais, quando adentram determinado mercado na busca por concorrer e conquistar sua fatia do mercado.³⁰⁹

É quase inumano buscar concentrar esforços no atual mercado brasileiro e formular uma efetiva previsão dos cálculos de risco porventura incidentes no exercício desta ou daquela atividade empresária, fato este que causa desânimo e insegurança para muitos empresários na sua constante busca pelo efetivo lucro, ou seja, pelo ganho esperado quando do exercício de sua atividade. A insatisfação, o receio e a imprevisibilidade criam uma onda de insegurança que afasta o empresário de investir naquele mercado sem ter ao menos um mínimo de previsibilidade.³¹⁰

No momento atual a mutabilidade dinâmica e constante do comércio está sendo ditada pela vasta tecnologia e tudo aquilo que com ela acaba sendo trazido, de modo que a falta de uma regulamentação adequada aponta para um futuro incerto e sem efetivo respaldo (segurança e garantia), como será abordado nos capítulos subsequentes, a empresa está demandando mudanças, está demandando uma nova codificação.³¹¹

A vigência dos mercados de investimento e imobiliários, além das especulações tem apresentado um grande crescimento de modo vertente, embora abalada por algumas crises constantemente superadas. De igual modo há mutabilidade nos tipos e nas organizações societárias que estão engessadas,

³⁰⁸ COELHO, op. cit., 2015.

³⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid.

restringidas ao passado, clamando por rápidas alterações; além da falta de flexibilidade para os próprios contratos empresariais que se veem sem o efetivo respaldo legal, sem um norte, sem uma posição, pois foram alijados do ordenamento jurídico comercial.³¹²

Como não bastasse, o interprete da legislação em diversos momentos cria empecilhos para permitir a atuação livre e desimpedida dos empresários, de modo a garantir a livre iniciativa e a proteção do *pacta sunt servanda*. Aplicam de modo arbitrário as ideologias e amarras do rigor civilista e até mesmo consumeristas, rompendo com os valores e princípios comerciais.³¹³

O emaranhado de novas organizações estruturais e arranjos empresariais almejam fugir dessa estrutura “pronta” e “acabada” que se mantém com ares de supremacia e imutabilidade. É preciso dinamizar as relações construindo discussões que concatenem a ideia de poder empresarial ou poder de mercado com a efetiva responsabilidade, principalmente quando houver relação com terceiros colaboradores e fornecedores.³¹⁴

Ademais, a mutabilidade e a inovação, principalmente com as novas tecnologias que estão desenvolvendo novos mercados consumidores, novos mercados mundiais e cibernéticos, objetivando a propositura de novas moedas, ocasionando diversas formas de concorrência, estão implorando pela substância e consagração de novos valores e princípios hodiernos erigidos sob a sistemática dos dados contínuos e ininterruptos.³¹⁵

É preciso pensar no futuro e garantir a liberdade para que o Direito Comercial efetivamente acompanhe essa mutabilidade dinâmica. O mercado não para de evoluir e crescer, contrapartida, é perceptível que a morosidade do Legislativo corrompe e prejudica essa mudança ao não regulamentar no momento oportuno ou adequadamente todas as transformações consecutivas.³¹⁶

Nada obstante, em desfecho à evolução histórica, política e social do direito comercial, foi imprescindível apontar essas novas mudanças e transformações do

³¹² Ibid.

³¹³ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. Prefácio Fábio Nusdeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³¹⁴ NORONHA, op. cit.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

mercado, pois será a base primordial para comprovação, ao final desta defesa, dos diversos fatores jurídicos (autonomia e independência), econômicos, doutrinários e sociais que demandam, reforçam e reafirmam o clamor por uma recodificação do Direito Comercial.³¹⁷

³¹⁷ COELHO, op. cit., 2012.

CAPÍTULO II – A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

A construção dialética do primeiro capítulo ao tratar acerca do desenvolvimento, da transformação e da evolução social e política do Direito Comercial comprovou como resultado a consolidação e a construção de uma linearidade, um desencadear de momentos que trouxe vida, exuberância e corporificação para o Direito Comercial, bem como ao seu sobressair enquanto ciência.

Todavia, conquanto a sua corporificação sistemática e legalista lhe trouxe maior austeridade, sua especificidade enquanto ramo do Direito Privado passa a prenotar barreiras na delimitação de sua matéria, a qual está em constante fermentação. Isso se deve ao fato de a empresa ser dinâmica e estar em contínua mutabilidade, ademais, evolui e se transforma na mesma proporção das novas demandas criadas pelo mercado.³¹⁸

Frente este fato, ao final do primeiro momento dessa evolução e construção histórica, materializa-se um confronto consubstanciado entre as matérias que compunham a corporificação do Código comercial e aquelas que eram tratadas no Código civil. Esse confronto gerará a difusão de três correntes doutrinárias, uma que defende a total unificação e sucção da matéria comercial pela civil, outra que advoga em favor da total e inequívoca dicotomia e a terceira que advoga em favor da unificação apenas na parte das obrigações.³¹⁹

Assim, considerando que a presente tese buscará defender a dicotomia destes dois ramos do Direito, uma dupla codificação e assim uma nova codificação de Direito Comercial, é vital a construção de minúcias contundentes que corroborem este posicionamento. Dessa forma, o segundo capítulo tratará sobre os caminhos e descaminhos da autonomia do Direito Comercial.

Para tanto, num primeiro momento realizaremos um apontamento geral das principais características desse instituto, juntamente com os fundamentos que tornam um ramo do Direito autônomo, além de especificar, frente uma análise dialética da doutrina de Arnoldi, as diversas modalidades de autonomia.

³¹⁸ FERREIRA, op. cit., 1954.

³¹⁹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

Dessa forma, ao final, iremos estreitar esse posicionamento demonstrando como, ao longo do tempo, o Direito Comercial veio construindo e reafirmando, até a hodiernidade, sua autonomia.

2.1. A AUTONOMIA DOS RAMOS DO DIREITO

O poder sempre foi o fator fundamental que movimenta todos os institutos do mundo social. Ele determina o grau de controle que determinado sistema poderá ter sobre outros sistemas ou pessoas, de modo a se tornar o fator fundamental dos principais sistemas de governo totalitários e impositivos, por isso, a criação de uma “onda constituinte” tentou limitar os modos e meios de aplicação e incidência desse poder, dentro de determinado território sob um povo.³²⁰

No Brasil, esse posicionamento ganhou sua maior vertente material com a vigência da Constituição de 1988, que construiu e lapidou em seus excertos mecanismos que possam garantir ao povo uma vida justa, adequada, igualitária, humana, digna e livre no esteio da sociedade. Ademais, congratulou direitos e obrigações para todas as pessoas, determinou a criação dos três poderes, a estrutura da Federação e se tornou a base do ordenamento jurídico.³²¹

Assim, construindo um posicionamento em conformidade com a ideia de Norberto Bobbio³²² e John Rawls³²³, depõe-se que em seu interior a Constituição trouxe a regulação do poder e da liberdade estruturada em níveis, ao qual se denominou autonomia e soberania. Sendo que a soberania é única e exclusivamente, da República Federativa do Brasil (pessoa de Direito Público externo), enquanto a autonomia é concedida aos seus entes federativos, sendo eles, os estados, os municípios, o distrito federal e a união, pessoas de direito público interno.

Dessa forma a autonomia existente para os entes do Estado Brasileiro permite determinado nível de liberdade, ou seja, eles podem cuidar de sua própria

³²⁰ BOBBIO, op. cit., 2004.

³²¹ HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

³²² BOBBIO, op. cit., 2004.

³²³ RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

organização, de seu governo (ou política), de sua legislação específica e de seus tributos e finanças, além da administração dos recursos financeiros. Entretanto, a liberdade que eles possuem é limitada pela competência que a Constituição de 1988 lhes delegou, logo, ultrapassar essa barreira é ato que vai contra a Carta Magna.³²⁴

Portanto, nesses termos seguindo o entendimento de liberdade, soberania e da ideia expressada por Paulo C. R. Arnoldi³²⁵, podemos definir autonomia enquanto a concessão de uma capacidade que permite à determinada pessoa ou órgão a existência de liberdade para agir, todavia, essa atuação não é ilimitada, sendo válido e permitido àquele detentor apenas os atos realizados em conformidade com as atribuições e competências legalmente estipuladas. De modo que todo ato que exceda essa limitação da liberdade será definido como inválido e passível de punição.

Ao complementarmos o posicionamento dos referido autores com a ideia primordial de Kelsen³²⁶ acerca da hierarquia, pode-se apontar, no caso dos entes federativos, que essa autonomia é restrita à competência que lhe foi delegada em virtude de uma lei maior, a Constituição, enquanto para o ser humano essa liberdade não é determinada ou restringida em virtude de nenhuma legislação. Não há normas dizendo o que as pessoas podem ou não realizar. Entretanto, para cada ato praticado há uma resposta diretamente racional e proporcional, logo, o ser humano tem garantida sua liberdade desde que não a pratique em desconformidade com as determinações legais.

A norma positivada não impede a atuação do ser humano, ao contrário, aponta possíveis punições caso a ação praticada esteja prevista em lei como excessiva e passível de punição, seja em âmbito administrativo, civil ou penal. Todavia, não nos cabe aqui discutir o grau de liberdade da pessoa humana, tanto menos a competência dos entes da federação, o intuito é apenas demonstrar e construir esse paralelo entre autonomia, liberdade e poder.³²⁷

O poder³²⁸ abarca a capacidade que determinado ente tem para agir, determinar, obrigar, se abster de fazer e exigir, dentre outros, logo, são todas as ações

³²⁴ BOBBIO, op. cit., 2004.

³²⁵ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Importante ressaltar que a definição de poder apresentada teve em consideração as definições de liberdade, soberania e autonomia, frente as quais a autora se valeu da definição de poder exposta no

diretamente ligadas à liberdade, esta, por sua vez, estará intimamente limitada ou não em razão do grau de autonomia existente para cada pessoa, seja ela natural, jurídica ou de Direito Público.³²⁹

No mesmo sentido, a autonomia dentro da ciência jurídica do Direito é a capacidade com a qual ele reveste os seus diversos ramos permitindo que possam agir e existir, desde que em conformidade com as determinações gerais e objetivas do seu ordenamento, cujo topo da pirâmide hierárquica é composto pela Constituição Federal.³³⁰

Isso ocorre, pois o ordenamento jurídico é estruturado de modo lógico em uma hierarquia, sob a forma de uma pirâmide onde se estabelece “uma relação de subordinação ou de dependência, de tal modo que a norma de escalão inferior há de se harmonizar com a que lhe seja imediatamente inferior”³³¹, portanto, a ordenação dos preceitos e das bases que cuidam do Direito são regulados em conformidade com essa relação de subordinação.

Ademais, a estrutura sistemática deste ordenamento é dependente das bases estruturadas pela ciência jurídica do Direito. O Direito cuida de estudar as condições sociais, políticas, econômicas e culturais que emanam do agrupamento antropológico objeto do seu estudo, resultando na compilação necessária para que o legislador possa produzir as legislações com base nas determinações da sociedade. Logo, a ciência que estuda o Direito cuida e cria um conglomerado sistemático de ramificações que vão resultar na confluência de uma unicidade inteligível.³³²

A concepção de ordenamento jurídico como um sistema de normas demonstra, claramente, o vínculo existente entre aplicação das normas jurídico-positivas à vida social e a criação de normas de Direito, já que só se pode aplicar uma norma, criando outra mais restrita que a aplicada, se bem que dentro do marco de possibilidades estabelecido por aquele. O legislador ao elaborar a lei está aplicando a normal constitucional; o juiz ao sentenciar está aplicando a lei. Temos uma aplicação de uma norma superior e uma

Minidicionário da Língua Portuguesa para poder formular uma compreensão dessa ação que será delimitada com base na capacidade de agir de cada ente.

³²⁹ BOBBIO, op. cit., 2004.

³³⁰ ARNOLDI, op. cit., 1998.

³³¹ DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 2ª. Ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1982, p.144-145.

³³² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v.1: teoria geral do direito civil**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

produção de uma norma inferior. Poder-se-á dizer nesse sentido que a norma jurídica é um sistema de atos criadores de normas de Direito.³³³

Sendo assim, a subdivisão do Direito em ramos permite e facilita a continuidade dessa busca por modificações sociais e a demanda científica atinente a cada qual, tornando o estudo das ciências jurídicas robusto e vasto; todavia, essa construção do positivismo e da codificação, assunto a ser tratado de modo mais profundo à frente, será apenas um dos desdobramentos desta autonomia.³³⁴

Cada ramo do Direito é diretamente autônomo para poder cuidar de seus institutos, para instituir e criar suas próprias regras conforme cada uma de suas particularidades que lhe são inerentes, bem como para conspurcar seus próprios princípios, suas regras e normas, além de poder contar com estudos científicos e doutrinários sobre o tema, cada qual erigido sobre sua própria linguagem e metodologia difundidas em esparsas doutrinas que tratam acerca do tema.³³⁵

Essa autonomia, todavia, assim como aquela referida aos entes federativos é uma autonomia relativa³³⁶. Aqui está a diferença entre soberania e autonomia³³⁷, ou seja, soberania é a capacidade de tudo poder fazer sem que nenhum limite o restrinja, é poder criar e instituir instruções sem que exista uma imposição ou limitação que controle ou coordene seus atos.³³⁸

Contrapartida o oposto lógico da palavra autonomia que trata e demonstra a existência de total submissão, dependência e obediência a determinado sistema de normas e regras é a heteronomia, sendo considerada como aquele que se submete a determinado centro ou composto em razão de normas éticas que afetam a vida em sociedade.³³⁹

Logo, enquanto a heteronomia é a dependência ou submissão a determinado sistema de normas éticas, morais ou valores predeterminados a

³³³ Ibid., p.148.

³³⁴ KELSEN, op. cit.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Importante ainda ressaltar que a autonomia dos entes da federação é diversa daquela afetada aos ramos do Direito, pois estes tratam do estudo e da coordenação de uma ciência e conquistam a autonomia com base no seu desenvolvimento enquanto ciência, lado contrário, os entes federativos tratam sobre a organização e estrutura da sociedade, sendo que a sua autonomia existe unicamente em virtude de determinação legal, não é científica.

³³⁸ BOBBIO, op. cit., 2004.

³³⁹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

autonomia é a capacidade de determinado sujeito poder se autodeterminar com base em um conglomerado de normas e institutos criados e estipulados por ele próprio como é o caso das subdivisões do Direito.³⁴⁰

Nas sociedades humanas e principalmente no Brasil, o Direito cresceu e se desenvolveu enquanto um sistema com independência da estrutura política, econômica, social e organizacional da sociedade, quase sempre é ele quem cuida e auxilia na imposição das forças para cada um desses sistemas sociais que controlam o desenvolvimento da vida humana, pois cria, impõe e traz validade, eficácia e força executiva para as normas.³⁴¹

O crescimento e a evolução do Direito enquanto um dos sistemas que compõe a sociedade permite e possibilita a sua observação enquanto um conglomerado de normas, regras e princípios unitários e interdisciplinares que, nos termos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, conforme nos ensina Manuel Cubeiro³⁴², são capazes de constituir um ponto de partida cuja unidade será formada pela ordenação de todas as suas diversas partes (ramificações), desaguando em uma conjunção com capacidade para ser operacional, pois o Direito construiu sua própria forma e base de operação, para ser autorreferente na condição de poder se referir a si mesmo em seus desdobramentos operacionais em razão de sua função essencial e da automanutenção, por fim, ele tem a capacidade de ser autopoietico, ou seja, detém a condição de produzir e reproduzir, por si próprio, todos os elementos constituintes de seu sistema.

Por isso, o Direito pode ser enquadrado enquanto um sistema que se autorreproduz e está convivendo, em uma constância diária, através de suas próprias mutações sistemáticas concatenadas em virtude da sua intensa capacidade de moldar tanto os problemas como as próprias soluções, mesmo que influenciado pelos contornos externos componentes dos diversos sistemas sociais.³⁴³

Seguindo o posicionamento de Luhmann, ele não é uma ciência heterogênea, ao contrário, é totalmente harmônico em sua capacidade de se autorreproduzir e construir seus próprios elementos, de modo a se dividir e repartir em

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ DINIZ, op. cit., 1982.

³⁴² CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**. Coruña: Baía Pensamento, 2008

³⁴³ Ibid.

inúmeros microssistemas ou ramos, dentre os quais podem ser citados, o constitucional, o tributário, o econômico, o trabalhista, o consumerista, o processual, o penal, o civil, o comercial, dentre suas diversas outras divisões.³⁴⁴

À vista disso, é essa característica autopoiética que permite sua repartição em diversos ramos cada qual com sua própria autonomia, contudo, esses funcionam de modo interdisciplinar por meio de uma relação de complementaridade, pois, o ramo generalista dependerá do específico e vice-versa um, por isso, falamos na constância de uma autonomia relativa, afinal o ordenamento jurídico é um sistema homogêneo e unitário.³⁴⁵

O desenvolvimento do Direito conspurca sua íntima relação com a sociedade, seja apontando o que pode ser realizado, seja punindo quem infringe suas limitações, portanto, comporta uma força coativa capaz de impor suas ordens e regras com base na realidade política, econômica, social e antropológica de determinado lugar, pois, seu objetivo é caminhar “atrás da realidade, apreendendo-a para conformá-la aos padrões éticos e sociais”.³⁴⁶

Desse modo, a relatividade diz respeito ao grau de autonomia que os ramos do Direito possuem para agir e criar por meio de sua própria liberdade que está diretamente regulada pelos preceitos máximos da norma constitucional ou da matéria que é seu objeto de estudo, sendo assim uma liberdade restrita.³⁴⁷

2.1.1. Independência e autonomia

Em continuidade, propugna-se tratar acerca da autonomia e da independência, ou seja, é imperioso demonstrar que cada ramo do Direito possui sua importância e necessidade, sendo imprescindível o respeito às suas características intrínsecas, bem como às suas particularidades, pois essa autonomia lhe garante a efetiva atuação e reforça a segurança jurídica que dele se espera, por isso, a restrição ou embaraço desta pode resultar em efeitos nefastos e deturpadores ou supressão

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p.3.

³⁴⁷ BOBBIO, op. cit., 1995.

de garantias, direitos e obrigações e portanto ações que devem ser refutadas por todo o ordenamento jurídico.³⁴⁸

O brocado da autonomia, enquanto liberdade para criar e ser regido por suas próprias leis, normas, institutos e características inerentes, apesar de possibilitar a atuação do seu detentor comporta amarras; é apenas uma autonomia relativa, pois nenhum ramo do Direito possui total independência dos outros ramos, são todos interdisciplinares e complementares.³⁴⁹

Assim, em complemento com o ensinamento de Kelsen³⁵⁰, a Constituição Federal é o cerne da vida, o centro maior do qual emanam as orientações, ligamentos e bases estruturais de todo e qualquer ramo do Ordenamento Jurídico Brasileiro, além de dispor acerca da organização social, política, econômica, antropológica e cultural da Nação. Dessa base haverá o nascimento dos outros ramos que dele dependem, ou seja, a Carta Magna é o sistema principal da qual dependem os outros sistemas.

Tomemos como exemplo o Direito processual, embora tenha sido criado com a finalidade de estruturar a técnica de procedimentos para o desenvolvimento do processo, impondo-lhe o passo a passo, determinando seu andamento e os prazos, além dos momentos de manifestação, estrutura e organização, ele não é independente. O processo é formado por seus próprios princípios, estrutura e cientificidade, contudo, deve obediência aos princípios constitucionais.³⁵¹

Outrossim, a sua criação tem como finalidade não o processo e seu prosseguimento em si próprio, ao contrário, busca satisfazer o litígio entre as partes que discutem em razão de determinado bem. Portanto, sua finalidade é a satisfação das garantias, se relacionando diretamente com o bem discutido, todavia, não sendo dele dependente.³⁵²

Ao contrário da dicção autonomia (relativa) haverá a independência³⁵³ ou soberania (termos que na presente tese vão ser analisadas sob o ponto de vista da

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁵⁰ KELSEN, op. cit.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid.

³⁵³ O termo independência comporta diferentes níveis de liberdade a depender da ciência que o estuda, seja frente a Política, frente as Relações Internacionais ou frente o Direito. No presente trabalho o termo será utilizado como a possibilidade que determinado ente possui de agir e atuar sem nenhum tipo de limitação, ou seja, ele é um poder uno, senhor de si mesmo e está desassociado de qualquer outro.

inexistência de limites para suas ações). Portanto, ela é a possibilidade do sistema de poder controlar tudo aquilo que está ao seu redor sem a existência de nenhum freio ou superioridade.³⁵⁴

Na esfera internacional a independência pode ser analisada enquanto sinônimo de soberania, pois todos os países possuem liberdade para agir como bem desejarem dentro de seu território, desde que respeitem os outros países. Não existe nenhum poder imanente que possa lhes impor ou determinar que se abstenham de realizar determinados atos em âmbito interno; logo, independência é o agir sem barreira, sem entraves ou limitações, tal como o Direito.³⁵⁵

No eclodir das ideias de Luhmann, ao determinarmos o Direito, enquanto sistema que cuida de estipular legislações para a organização social e controle do poder, comporta a característica da independência, pois ele determina as regras do ordenamento jurídico, os direitos e as obrigações sem que sobre ele tenha a incidência de nenhum outro poder ou controle, portanto, ele é totalmente independente em suas raízes pretéritas e presentes.³⁵⁶

De modo dispar os três poderes componentes do Estado Brasileiro, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são compreendidos como interdependentes, pois ainda que comportem a independência nas suas competências privativas buscam um relacionamento harmônico e conjunto, sendo regidos pela teoria formulada por Montesquieu que trata acerca dos freios e contrapesos.³⁵⁷

Destarte, o ordenamento jurídico-positivo, enquanto sistema de normas, é o cerne da força normativa dos ramos do Direito, pois é ele que cuida e controla as legislações. Logo, ainda que o Direito seja um sistema independente os seus diversos ramos não comportam essa característica, pois um não teria funcionamento sem a confluência e complementaridade do outro.³⁵⁸

Esse mesmo ordenamento jurídico estruturado no Brasil pela teoria do positivismo jurídico (a qual lhe estrutura) não comporta a total independência de seus subsistemas em sua estrutura, pois concentra em sua base central a confluência de

³⁵⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁵⁵ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁵⁶ DINIZ, op. cit., 1982.

³⁵⁷ KELSEN, op. cit.

³⁵⁸ DINIZ, op. cit., 1982.

três características essenciais: (i) a unidade, pois todo o seu conjunto é uno e indivisível, sendo dotada de plena capacidade para opor as suas próprias normas, (ii) a coerência é a necessidade que o ordenamento tem de se adequar aos seus, ou seja, de extirpar e retirar normas incoerentes entre si, por fim, há (iii) a completitude, pois diz respeito ao fato de que nenhuma discussão poderá restar sem solubilidade, portanto, caberá sempre ao juiz solucionar o caso com base nas premissas postas à sua frente pelo ordenamento vigente, ainda que as normas tenham lacunas.³⁵⁹

Em complemento desse pensamento de Norberto Bobbio³⁶⁰, pode-se formular que os fatos do ordenamento jurídico comportam e formulam a vigência de uma ciência jurídica, pois é ele que dá vida aos juízos de fato (constatações da realidade) que é o objeto de estudo de toda e qualquer ciência, uma vez que ela comporta aparatos físicos e empíricos, não sendo aposto como válido os juízos de valor. A independência retira essa conjunção da ciência de determinado ramo, rompe com as características da doutrina que deu vida ao Direito, e este aos seus ramos, pois sozinho um ramo não teria bases estruturais de manutenção, contrapartida, frente o instituto da autonomia lhe é permitido ter um ponto de equilíbrio e balanço tanto como lhe é permitido ser estudado enquanto ciência.

É que a autonomia duma ciência não deve confundir-se com a sua independência, ou melhor, com o seu isolamento. Para que um corpo de doutrinas tenha razão de existir e de ser considerado como ciência autónoma é necessário e suficiente: 1. que êle seja bastante vasto a ponto de merecer um estudo adequado e particular; 2. que êle contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informadores doutras disciplinas; 3. que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objecto das suas investigações.³⁶¹

Logo, independência e autonomia são preceitos que fazem remissão à liberdade. Todavia, a primeira permite a existência de uma liberdade ilimitada, isolacionista, sem controles; enquanto a segunda impõe a liberdade limitada determinando alguns preceitos básicos que devem ser seguidos, caso contrário haverá restrições e imposições.³⁶²

³⁵⁹ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ ROCCO, op. cit., p.72.

³⁶² BOBBIO, op. cit., 1995.

O excesso de liberdade, sem o efetivo controle ou cuidado de posições e determinações permite a atuação arbitrária e descontrolada, por isso, há de se falar em autonomia.³⁶³

De mais a mais, o nível de liberdade é que determina a relação entre os diversos ramos do Direito, de modo que eles são todos componentes de uma mesma unicidade homogênea, logo, são todos ramos eivados de autonomia relativa, pois são incapazes de uma vida independente fora dos preceitos e das bases estruturadas pela ciência do Direito que controla e torna vivaz o ordenamento jurídico.³⁶⁴

O tratamento acerca da autonomia e da independência se mostra essencial para demonstrar que a presente tese terá como voga a concepção de que nenhum dos ramos do Direito comporta a característica da independência, ou seja, todos eles possuem apenas uma autonomia relativa, seja o comercial, o civil, o penal, o processual ou o trabalhista, logo, são todos imprescindíveis e necessários, com suas próprias características intrínsecas, ao escorreito desenvolvimento da ciência do Direito.³⁶⁵

2.1.2. A importância da autonomia

Hodiernamente o estudo do Direito encontra esteios dentro de suas bases e estruturas, cuja finalidade é ordenar o desenvolvimento da sociedade, portanto, a sua ciência é voltada à constante comunicação com os outros sistemas que compõe a sociedade, pois estes estão em contínua e constante mutabilidade, fatos que demandam normas com capacidade de acompanhar essa alteração.³⁶⁶

Cabe ao Direito regular o funcionamento da sociedade, bem como controlar os poderes que sobre ela incidem. O Estado Brasileiro é estruturalmente formado por três poderes independentes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, de modo que o

³⁶³ RAWLS, op. cit.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁶⁶ DINIZ, op. cit., 1982.

Direito enquanto ciência normativa produtora de normas imperativas, estrutura e organiza, ou seja, controla o funcionamento e aplicabilidade desses poderes.³⁶⁷

Por intermédio de suas normas próprias o Direito regula o funcionamento de órgãos públicos, de instituições públicas e privadas, de sociedades, de associações com ou sem fins lucrativos, das cidades, dos municípios, dos estados, do distrito federal, dos três poderes, de determinadas atividades, como, advogados, médicos, contadores, dentre diversos outros institutos sociais que permeiam a existência do ser humano e a sua organização social.³⁶⁸

Portanto, não é possível que esse estudo, essa regulação e estruturação tenha vida sem a existência de uma liberdade para que os microssistemas do Direito possam realizar tudo aquilo que deles é esperado, ou seja, é através da liberdade minimamente estruturada que eles vão poder se desenvolver frente as demandas e anseios sociais.³⁶⁹

Nesse sentido é imprescindível que o Direito tenha um caráter de independência, enquanto os seus diversos ramos são revestidos de autonomia, pois essa corrobora a condição de liberdade suficiente para que qualquer ramo possa criar e se autorregular por intermédio de suas próprias leis, afinal, cada qual possui suas próprias particularidades seja em suas bases estruturais ou na matéria ventilada.³⁷⁰

Noutro sentido, quando determinado ramo do Direito não possui autonomia própria ele não necessariamente padecerá, sendo que, nem todas as matérias discutidas e legisladas possuem autonomia completa. Essa condição é garantida apenas aos principais ramos do Direito, ou seja, àquele cujas espécies de autonomia (abaixo explanadas) estão satisfatoriamente insculpidas, apresentadas.³⁷¹

Assim, tomemos como exemplo o Direito Sucessório, tal matéria é fundamental às demandas sociais, todavia, ela não comporta leis próprias, suas regras estão (em sua maioria) estipuladas no Código Civil, portanto, não é um ramo autônomo, ao contrário, é uma das matérias próprias e inerente ao Direito Civil. Este, por sua vez, é um ramo autônomo.³⁷²

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ KELSEN, op. cit.

³⁶⁹ CUBEIRO, op. cit.

³⁷⁰ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁷¹ DINIZ, op. cit., 1982.

³⁷² Ibid.

Por esse motivo, ante a inexistência de autonomia os ramos do Direito não teriam capacidade ou força suficiente para trabalhar frente todas as estruturas sistêmicas que compõem a sociedade, portanto, o fator ímpar que agrega esse valor de importância à autonomia é a possibilidade de construir suas próprias bases científicas e doutrinárias, é a formulação de princípios e normas próprias.³⁷³

O desenvolvimento sistemático de cada ramificação do Direito, conforme outrora ressaltado não nasce autônomo, essa é conquistada conforme o avanço daquela disciplina, pois é preciso que ela concentre em seu cerne algumas características próprias e intrínsecas capazes de corroborar, fundamentar e dar vida para sua autonomia.³⁷⁴

À medida que um ramo cresce e se aperfeiçoa passa a se comportar em seu interior a (i) existência de normas próprias que dão vivacidade para a matéria que ele regula, do mesmo modo passa a ser regido por (ii) princípios que lhe são peculiares, além de (iii) criar, estruturar e regulamentar institutos imanescentes, igualmente deverá se constituir de um (iv) método dialético e doutrinário individual, além de (v) corporificar objetos e códigos individuais exclusivos.³⁷⁵

Por conseguinte, é importante a conspurcação e vigência de todos esses fundamentos para que aquele ramo específico possa se ver revestido de autonomia para cuidar de si próprio.

2.1.3. As modalidades da autonomia

Igualmente, a possibilidade de ser um ramo autônomo não é imprescindível da sua criação, quanto menos é atributo intrínseco com o qual ele nasce. Ao contrário, a autonomia é conquistada ao longo do tempo e da evolução daquele ramo, de modo que ele se estrutura com base em novas demandas advindas do contexto político-social, além da necessidade e importância da estruturação de concepções mínimas da vida em sociedade.³⁷⁶

³⁷³ Ibid.

³⁷⁴ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁷⁵ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁷⁶ Ibid.

Muitas vezes a segregação da sociedade em parcelas diversificadas onde se demanda um novo direito outrora protegido, contudo, sem uma legalidade individualizada não cria, necessariamente, um novo ramo do Direito a ser compreendido e observado por suas nuances próprias. Quase sempre ele será dependente de outro ramo outrora existente, portanto, um subramo.³⁷⁷

Isso acontece em razão da vigência de questões e apontamentos específicos para determinada matéria ou ordenação, todavia, tal importância não lhe garante ou possibilita o enquadramento como um ramo autônomo do Direito, pois, para tanto, é preciso estar concatenado dentro das três espécies em que se divide a autonomia, são elas, a didática, a formal (ou legislativa) e a substancial (científica ou jurídica).³⁷⁸

Nesse sentido, antes de adentrar as minúcias desta pesquisa é essencial demonstrar e analisar as características primordiais que compõe cada uma das modalidades ou espécies de autonomia, pois são essas três divisões o substrato vivaz garantidor da existência e austeridade da autonomia dos ramos do Direito.

Conforme foi outrora apontado, o fato de um ramo do Direito não comportar ou construir em seu aparato histórico-evolutivo características suficientes para ser declarado como autônomo, não o impede de existir dentro da ordem jurídica, logo, ele será estudado como um sub ramo, como, por exemplo, o direito societário estudado dentro do Direito Comercial, ou direito de herança, estudado dentro do Direito civil.³⁷⁹

A princípio é importante tratar sobre a autonomia didática, sendo aquela que trata da separação entre as disciplinas, de modo que a matéria em voga naquele ramo concentra em si as características próprias que lhe permite ser estudada e integrada distintamente nas grades curriculares dos diversos cursos de ensino superior desenvolvidos pelo país, seja em graduações ou pós graduações.³⁸⁰

De modo simples e claro essa é aquela modalidade de constatação mais rápida e simplória, pois seria suficiente um estudo ou observação das grades curriculares dos diversos cursos de Direito no país para que se pudesse compreender

³⁷⁷ DINIZ, op. cit., 1982.

³⁷⁸ No tocante à autonomia e seus desdobramentos em espécies, a presente pesquisa optou por fazer uso da separação utilizada pelo doutrinador Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1989), pois é mais sintética e aborda todos os pontos imprescindíveis para o deslinde e a discussão pertinente da temática.

³⁷⁹ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁸⁰ ARNOLDI, op. cit., 1989.

a existência da autonomia didática, ou seja, do ensino individualizado, independente, de determinada matéria.³⁸¹

Doutro ponto, a questão atinente à autonomia formal (ou legislativa) diz respeito à existência de legislações específicas sobre aquele determinado ramo ou microsistema do Direito, é a capacidade que ele tem de poder ter suas próprias normas sistematizadas, assim, tomemos como exemplo o artigo 22 da Constituição Federal, o qual aponta em seu primeiro inciso³⁸², de modo enfático, a autonomia formal de diversos ramos.³⁸³

Essa especificidade e apontamento Constitucional sobrevêm em razão da necessidade de se determinar qual o ente federativo possui competência para legislar sobre aquele assunto específico ou sobre o nível (subsidiário, integral ou específico) em que este deverá regular ou complementar o assunto, por esse motivo, não é condição de eficácia para a autonomia formal a exposição de modo taxativo e efetivo dentro de uma norma de caráter superior.

Portanto, a autonomia formal, independe da determinação de outra norma, sendo apenas preciso a vigência de existência de normas próprias que dão vivacidade para a matéria que ele regula, como advindas de um código ou de diversas normas esparsas, onde estejam estabelecidas tanto as questões estruturais quanto as bases e princípios próprios imanescentes àquele ramo.³⁸⁴

A imposição de um corpo normativo (seja com legislações específicas ou um código) enquanto um dos pressupostos garantidores da autonomia, principalmente no sistema jurídico brasileiro, se torna primordial, pois, para que determinado direito se torne efetivamente uma garantia e tenha força imperativa, podendo ser exigida a sua prestações ou atacada a sua supressão, é irrefutável a existência de uma legislação onde aquela garantia exista, uma vez que o Brasil é regido pelo sistema normativo de leis hierarquicamente ordenadas, em contraposição ao sistema do *Common Law*.³⁸⁵

³⁸¹ Ibid.

³⁸² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...] (BRASIL, 1988).

³⁸³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ BOBBIO, op. cit., 1995.

Logo, conclui se caso determinado ramo do Direito não seja ordenado por legislações específicas ou por um código ele estará, conseqüentemente, submetido ou subordinado a outro, todavia, não comporta sua própria autonomia legislativa, ou seja, não é efetivamente autônomo, mas dependente e subordinado a outras normas e princípios, sejam gerais ou específicos.

Ademais, nos resta tratar acerca da autonomia substancial (científica ou jurídica), construída e apontada como sendo aquela cuja existência e efetividade material torna possível a convergência e criação das legislações e cientificidade de determinado ramo do Direito, pois dela se realiza a extração de todo o substrato do referido ramo.³⁸⁶

É possível determiná-la enquanto a possibilidade que determinado ramo do Direito tem de ser estudado de modo científico quando isolado daqueles outros ramos com os quais pode se comunicar e comungar, seu conteúdo é isolado, pois ele concatena suas próprias bases estruturais e seus princípios imanentes sem estar dependente, em suas particularidades, a outros ramos.³⁸⁷

Assim sendo, um fato de exímia relevância é quanto à “diversidade das disciplinas” dentro do Direito, pois essa conotação não existe “apenas da disparidade entre as leis que as regem (autonomia formal), mas da dessemelhança dos princípios, dos vetores jurídicos que dão vida às relações por elas ordenadas (autonomia material)”.³⁸⁸

De modo contrário, é importante ressaltar que alguns doutrinadores divergem quanto a esta classificação, para eles a autonomia legislativa é única e se ramifica em autonomia formal e substancial, fato minimamente apontado por Paulo Roberto Colombo Arnoldi³⁸⁹ ao abordar a visão de Inocêncio Galvão Teles, sob a concepção de que:

Inocêncio Galvão Teles, difere também desses autores. Para esse ilustre jurista português a autonomia formal, como também a autonomia substancial, é uma espécie ou grau de autonomia legislativa. A autonomia formal é considerada como um complemento da autonomia substancial, não podendo subsistir sem esta.

³⁸⁶ ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ FORGIONI, op. cit., 2009, p.19-20.

³⁸⁹ ARNOLDI, op. cit., 1989, p.43.

Ocorre que, seguindo o pensamento de Arnoldi³⁹⁰, essa acepção e defesa de que a autonomia formal se fragmenta em substancial e legislativa, não padece, pois se assim fosse, estaríamos colocando a história e evolução de determinado ramo do Direito em dependência com a existência do seu conjunto de leis. Todavia, ocorre que a evolução histórica é o substrato da lapidação fomentadora e estruturadora das normas próprias e sistemáticas daquele ramo do Direito, não o contrário.

Em verdade, as leis de determinado ramo, acompanham a sua mudança dentro da sociedade, ou seja, dependem da sua evolução histórica. Portanto, um ramo existe e demanda normas próprias em razão da sua substância. Substância esta que advém da sua evolução e desenvolvimento enquanto detentor de uma fonte própria, de uma base estrutural fomentadora das ideias e concepções, além de balizador dos princípios imanentes à compreensão e finalidade do seu estudo científico.³⁹¹

Por este motivo, essa tese defende a disparidade entre a autonomia formal (ou legislativa) e a autonomia substancial (ou científica), pois apesar da relação entre elas a substância não depende da forma. Ou seja, é preciso que ele tenha substância antes de ter leis e ser didaticamente estudado, e assim, a autonomia substancial se mostra como o principal fator de manutenção da força e estruturação de todo e qualquer ramo do Direito. Ao passo que a autonomia formal será sinônimo apenas da legislativa, pois ela é a forma como determinado direito vai se mostrar e ser impositivo dentro da sociedade.³⁹²

Ademais, as três formas de autonomia são imprescindíveis na formação e construção de qualquer ramo do Direito, ou seja, ele precisa ser substancial, para reunir um conjunto de normas e formar sua própria legislação, ademais, precisa ser independente para ser estudado, em sua individualidade, nos campos universitários. Dessa forma, cada espécie é única e imprescindível para formar a autonomia integral, mas sem o substrato ou a substância nenhuma delas persiste.³⁹³

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ BOBBIO, op. cit., 1995.

³⁹² ARNOLDI, op. cit., 1989.

³⁹³ Ibid.

2.2. CAMINHOS E DESCAMINHOS DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

O Direito Comercial é formado, em sua trajetória, por uma confluência de feitos e ocorrências com fundamental importância na amplificação do seu florescer enquanto uma ciência; frente esse fato, a continuidade do presente capítulo buscará demonstrar os principais fatores que influenciaram os caminhos e descaminhos deste ramo específico do Direito Privado.³⁹⁴

Partindo dos apontamentos estruturados por Alfredo Rocco³⁹⁵ será realizada a análise deste momento através da sua proposta do método de estudo científico do Direito Comercial, sendo necessário realizar a investigação: do desenvolvimento histórico-comparativo deste ramo do Direito no espaço e no tempo, da questão técnica que envolve as relações sociais que são regidas pelas leis comerciais, da exegese das normas positivadas e, por fim, da sistemática que envolve seus princípios particulares.

Todavia, nos caberá, em atenção aos fundamentos desta pesquisa, realizar o estudo apenas histórico-comparativo, de modo a fazer um apanhado geral de como a autonomia deste ramo do Direito se desenvolveu e quais os percalços por ela enfrentados. Dessa forma, apesar das referências à técnica necessária para a atividade comercial, sobre as relações sociais e a lei comercial, das citações às normas positivadas e contínua referência aos princípios, não é o intuito desta defesa tratar com profícua profundidade cada qual, assim, nesse momento, será feita simples citação destes para comprovar a cientificidade e sua importância para recrudescer o Direito Comercial.

Assim, do ponto de vista do desenvolvimento histórico-comparativo, a vida do comércio tem início juntamente com a sociedade e as descobertas realizadas pelos seres humanos que pouco a pouco desenvolvem os sistemas de trocas de mercadorias (escambo); até esse momento não haveria de se falar na existência de normas, de princípios ou de institutos, isso em razão da inexistência de uma ciência que estudasse as regras e estruturas comerciais.³⁹⁶

³⁹⁴ COELHO, op. cit., 2012.

³⁹⁵ ROCCO, op. cit.

³⁹⁶ BEAUD, op. cit.

Nesse tempo o comércio cresceu e se estruturou com base nas vontades de cada pessoa, com base no desenvolvimento da mais-valia e nas determinações mercadológicas, estando em total espontaneidade, completamente livre de qualquer amarra, controle ou interferência de uma norma ou poder que lhe fosse superior. Em suas raízes, o comércio nasceu livre.³⁹⁷

Muitos autores, como, Waldo Fazzio Júnior³⁹⁸, Gladston Mamede³⁹⁹, Waldemar Ferreira⁴⁰⁰ e Tullio Ascarelli⁴⁰¹, defendem a vida do Direito Comercial nesse primeiro momento, pois é desta fonte primária que extrai os substratos necessários para a estipulação de parâmetros os quais vão resultar no fomento e na criação dos institutos, dos princípios e das concepções técnicas do comércio.

Esses mesmos doutrinadores defendem que sempre houve a existência de normas voltadas ao comércio, todavia, como bem assevera Fábio Ulhoa Coelho⁴⁰², não havia uma sistematização dessas normas, ou seja, elas não formavam um conglomerado específico com capacidade para organizar, esmiuçar e detalhar apenas um conjunto singular.

Neste caminhar é com a estruturação dos povos gregos e romanos que passa a se contornar os traços materiais distintivos do Direito civil, pois eles estavam preocupados com o desenvolvimento da sociedade, das pessoas, do governo e da política, contudo, não se perdeu de vista a continuidade das práticas comerciais que pela sua dinamicidade tinha difusão entre todos os povos e todos os continentes, mesmo destituídos de materialidade normativa e jurídica.⁴⁰³

A autonomia do Direito Comercial, ainda que pouco enfática e materializada, condensava suas primeiras fontes e corroborava suas primeiras cristalizações por meio da difusão de práticas reiteradas e da criação de institutos próprios regentes das relações comerciais, além de servir como base para a difusão de seus princípios e sua base estrutural.⁴⁰⁴

³⁹⁷ SMITH, op. cit., 1996.

³⁹⁸ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

³⁹⁹ MAMEDE, op. cit., 2013.

⁴⁰⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁴⁰¹ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁴⁰² COELHO, op. cit., 2016.

⁴⁰³ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁴⁰⁴ Ibid.

Frente o advento da Idade Média, na segunda metade do século XII, o Direito Comercial se torna efetivamente autônomo com a instituição e estipulação das corporações de ofício, constituído enquanto o órgão que trouxe vida e operabilidade para a classe dos comerciantes, pois era preciso estar em conformidade com o critério subjetivo (inscrição nos quadros das corporações) para ser definido enquanto tal.⁴⁰⁵

No seio dessas organizações será permitido aos comerciantes instituírem suas próprias normas e legislações, formalizar suas documentações e estruturar uma jurisdição própria para julgar seus litígios. O crescimento da classe dos comerciantes, bem como a sua organização tinha como finalidade a proteção dos seus associados, a manutenção e o desenvolvimento do comércio, bem como para cuidar da segurança para o exercício dessa atividade.⁴⁰⁶

Além dessas questões estruturais e legais há o fortalecimento e a frutificação de institutos do Direito Comercial, como os títulos de crédito, principalmente a letra de câmbio, os seguros realizados tanto pelos viajantes terrestres como marítimos, as companhias passam a ser utilizadas ao mesmo tempo em que se instaura o instituto da falência comercial (bancarrota), além do linear florescimento das instituições financeiras.⁴⁰⁷

Com o advento das corporações de ofício foi possível a maior fiscalização e materialização das práticas comerciais cuja difusão uniforme permitirá a contínua e incessante compilação das normas e legislações que vão dar vida e materialização à primeira legislação imperativa do Direito Comercial, consistindo em normas a serem aplicadas pelos próprios Tribunais Consulares dos comerciantes.⁴⁰⁸

Desse período como bem construído e explanado no primeiro capítulo houve uma inúmera profusão de normas comerciais que cuidavam principalmente do comércio marítimo e terrestre que já dominavam todo o continente Europeu e Asiático, sendo transplantados para a África e para as Américas logo após a sua descoberta. As normas comerciais se mostravam de caráter multidimensional e dinâmico, baseadas na prática cotidiana das feiras e nas demandas mercadológicas, assim,

⁴⁰⁵ MAMEDE, op. cit., 2013.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁰⁸ CAENEGEM, op. cit.

eram voltadas à proteção de uma seara privada e excepcional que cuidava da relação entre os comerciantes.⁴⁰⁹

Igualmente, é importante apontar, em atenção aos dizeres de Alfredo Rocco⁴¹⁰ que o surgimento do Direito Comercial foi feito em um momento onde imperava o liberalismo e a falta de um controle central e incisivo do Estado, dessa forma, foi possível aos comerciantes criar normas próprias à sua categoria, compilar os usos e costumes, se reunir em corporações de arte e ofício e defender seus interesses, sua prosperidade. Além disto, foi possível sedimentar uma ciência a ser estudada pelos juristas e advogados, uma ciência única e autônoma enquanto ramo do Direito.

Passo a passo a autonomia do Direito Comercial se soerguia em austeridade, agora sendo reforçada pela criação de compilações legislativas e normas específicas, pela instauração de uma justiça própria, pela delimitação da sua matéria, além da lapidação e progresso das diversas atividades comerciais, institutos únicos e princípios basilares.⁴¹¹

Sua força normativa mais enfática terá vigor com o advento dos Estados Nacionalistas. O domínio dos burgueses e a sua demanda por mudanças dá vazão ao controle capitalista e à difusão da ideologia doutrinária da codificação como percussor da organização sistemática das normas em um único contexto regido por uma ordem hierárquica com capacidade de irradiar sua força na constituição de novos ramos, cada qual com suas particularidades.⁴¹²

Todavia, será com o advento e tomada do poder ilimitado por parte destes Estados que se dará o primeiro descaminho do Direito Comercial, uma vez que ele passará a estar afeito, dependente e travado pelas vontades do soberano que controla e determina as ordens organizacionais e estruturais da legislação; agora os comerciantes precisam aderir a esse novo sistema estruturalista.⁴¹³

É nesse cenário de controle que haverá a unificação das normas e a separação do Direito entre a seara pública e a privada. Sendo que tanto o Direito civil

⁴⁰⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁴¹⁰ ROCCO, op. cit.

⁴¹¹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁴¹² CAENEGEM, op. cit.

⁴¹³ BOBBIO, op. cit., 1995.

quanto o Direito Comercial se inserem enquanto ramos do Direito Privado, cada qual cuidando de suas matérias e suas normas específicas formalmente, na França, ganha vigência o Código Civil, em 1804, e posteriormente, em 1808, o Código comercial.⁴¹⁴

O Código comercial dos franceses inaugura o período da objetividade para o Direito Comercial, onde será declarado como comerciante todo aquele que realizar um dos atos enumerados ou definidos na legislação como ato típico comercial. Sendo totalmente desconsiderada a condição, o objetivo, finalidade ou a pessoa que realiza aquela atividade.⁴¹⁵

Nos continentes Europeu e Asiático as Universidades instituem em seu ensino didático a disciplina comercial que é voltada ao estudo da matéria deste ramo específico do Direito Privado, ramo que estudará a relação havida entre os comerciantes no desenvolvimento de sua atividade estrutural e concorrencial, igualmente, haverá a compreensão e entendimento dos outros microssistemas que gravitam ao seu redor (contratos, títulos de crédito, falência, concordata e outros).⁴¹⁶

Em sequência, antes mesmo da promulgação do Código Comercial Brasileiro, o Direito Comercial já se mostrava como um ramo totalmente autônomo que havia sido edificado e polido em conformidade com o progresso social, dessa forma já comportava institutos próprios que lhe eram imanentes no correr da atividade, tinha sua escorreita linha principiológica. Com a promulgação do Código Comercial, em 1850 o Brasil buscava atender as necessidades comerciais que exigiam segurança jurídica e normatividade para as relações entabuladas.⁴¹⁷

Ao mesmo tempo em que as raízes do comércio se dissipam mundo afora fortalecendo a comunhão universal, ele enfrenta uma casualidade do descaminho de sua autonomia, a derrogação de sua justiça especializada, de modo que os Tribunais do Comércio perdem sua particularidade enquanto órgão judicante cabendo à justiça comum cuidar e ditar as matérias atinentes ao comércio.⁴¹⁸

O continente europeu vinha testemunhando a comercialidade do Direito Civil, pois grande parte dos institutos comerciais, principalmente os títulos de crédito,

⁴¹⁴ COELHO, op. cit., 2915.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁴¹⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁴¹⁸ Ibid.

passam a ser utilizados por pessoas comuns que não realizam nenhuma atividade comercial questão que demanda a aplicabilidade do Código civil, frente esse entroncamento, o critério objetivo entrou em xeque e conseqüentemente trouxe prejuízos ao Direito Comercial.⁴¹⁹

Esse fator será um dos principais descaminhos do Direito Comercial, pois frente a Teoria dos Atos de Comércio o comerciante é quem pratica determinado ato típico, independente da sua finalidade, ponto amplo e largo. Ademais, os institutos comerciais passam a ser utilizados por toda e qualquer pessoa ainda que não seja comerciante no sentido estrito da palavra. Ambos os fatos resultam no conflito entre a legislação comercial e civil, dissipando a tese cuja defesa deságua na busca pela unificação das matérias de direito privado (civil e comercial) pelo Código civil, sob o principal argumento de que o comércio perdeu a sua especificidade.⁴²⁰

Desse modo parte dos doutrinadores passa a defender o fato de que o Direito Comercial é muito expansivo e ilimitado, ou seja, este não se constituiu enquanto um ramo excepcional do Direito Privado, logo, não carece de normas próprias, podendo estar acomodado junto ao Código civil. Argumento este que será implementado no ano de 1942, quando a Itália colocará em vigor o Código civil italiano, cujo conteúdo acabará por alocar a teoria da empresa.⁴²¹

Dessa forma, tem vigor a nova definição do objeto primordial em torno do qual gravita a excepcionalidade do Direito Comercial, qual seja, o empresário, todavia, esse instituto crucial acaba sendo inserido no Código Civil, dando vida e corporificação material à tese de unificação das duas disciplinas de Direito Privado, prejudicando, dessa forma, o Direito Comercial em sua autonomia.⁴²²

Igualmente, no ano de 2002, o Brasil, influenciado pela doutrina Italiana, abandonará a Teoria dos Atos de Comércio frente a adoção da Teoria da Empresa no corpo sistemático-normativo do Código Civil em completo abandono ao Código comercial. Ao mesmo tempo, os institutos comerciais dissipam se pelo ordenamento

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ COELHO, op. cit., 2012.

⁴²¹ ARNOLD, op. cit., 1989.

⁴²² COELHO, op. cit., 2016.

jurídico brasileiro sem nenhum centro ou ordem vital que cuide da sua generalidade, perdendo assim a devida força gravitacional.⁴²³

Haverá um abandono ao Código comercial frente a unificação formal parcial do Direito Privado, pois, mesmo contando em sua manutenção apenas com a matéria volvida ao Direito Marítimo, o qual foi congelado no ano de 1850, nada mais resta de sua força cogente e austera; ao Direito Comercial restou o caos da diversificação legislativa espargida por todo o ordenamento jurídico, corroborando para sua desídia, seu desprezo e descaminho de sua autonomia.⁴²⁴

Acreditamos que o Direito Comercial sofreu inúmeros prejuízos em razão da sua unificação parcial da legislação, uma tentativa de fazê-lo funcionar como dependente do Direito civil, como se deste fosse um ramo. À vista disso, quando nos deparamos com poucas regras específicas sobre direito comercial, com o temor da aplicação dos princípios do direito civil na esfera comercialista, com a burocracia das regras societárias, com o caráter estritamente nacional na legislação, com uma legislação arcaica e irresponsável, nos questionamos sobre a real força da autonomia do direito comercial. Esta confusão legislativa e acadêmica definitivamente não foi adequada.⁴²⁵

Desse ponto de vista, ainda que a estrutura sistemática do Direito Comercial esteja fragmentada, sendo que o seu principal corpo legal está renegado ao passado, este deverá ser organizado para ser um composto “orgânico e sistemático” cuja capacidade é a de viabilizar e determinar sua própria autonomia em virtude de seus princípios próprios, de suas legislações, de seus institutos e de suas características únicas.⁴²⁶

Acerca de seus valores, seus princípios, o Direito Comercial se desenvolve gradativamente a partir de uma nuance primordial: a liberdade. Gradativamente o mercado, o empresário e as necessidades mercadológicas foram se adaptando às demandas advindas do consumidor, pois é deste que sobrevém o lucro com capacidade de dar vida à mais valia almejada pelo comerciante no desenvolvimento de seu negócio. Outro valor perceptível nesse contexto é o dinamismo, ou seja, o

⁴²³ COELHO, op. cit., 2012.

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ NORONHA, op. cit.

⁴²⁶ COELHO, op. cit., 2012.

comércio é constantemente mutável, ou seja, a relação havida entre os *players* do mercado ainda que contínua está sempre demandando adequações.⁴²⁷

O fator empresa se tornou nomenclatura de grande monta que demanda maior aprofundamento e discussão, contudo, essa relação de conformidade entre a teoria da empresa e sua prática efetiva é parte imanente do Direito Comercial, devendo ser cientificamente discutida frente os institutos comerciais, não na seara civilista. Ela em nada se confunde com a pessoa natural, ou com os atos civis, ela comporta itens e fatores próprios imanente ao empresário e todos os microssistemas que ao seu redor gravitam.⁴²⁸

Cientificamente, o seu desenvolvimento permitiu a sua difusão doutrinária e o aprimoramento técnico não somente pelo estudo do Direito, especificamente no comercial e no econômico, mas também por outras ciências como a Economia e as Relações Internacionais, sendo que todas elas comungam e compartilham das normas comerciais, pois ele é uma ciência primordialmente técnica, pautada na observação das relações realizadas entre os empresários, de modo a comportar mudanças constantes às quais tanto o legislador, quanto os aplicadores e estudiosos do Direito devem atenção.⁴²⁹

O Direito Comercial enfrentou ao longo de sua trajetória alguns descaminhos e percalços cujo prejuízo deve ser impedido ou minimizado, pois a sua prosperidade que influenciou diretamente na vida legislativa das normas comerciais são o substrato da instigação e o chamariz dos investidores nacionais e internacionais para o mercado brasileiro.⁴³⁰

Portanto, é imprescindível buscar reavivar e manter a chama vivaz dos valores comerciais que foram escrachados ao longo do tempo, valores esses que foram deveras afetados, abjurados e, por isso, causam repercussões no presente quando colocam em xeque a força da autonomia deste ramo do Direito, fator capaz de retirar a sua importância primeva: regular as relações empresariais e auxiliar no desenvolvimento econômico e social.⁴³¹

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ NORONHA, op. cit.

⁴²⁹ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁴³⁰ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁴³¹ COELHO, op. cit., 2012.

2.3. A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

Com o advento do Código Civil de 02 grande parte das matérias de Direito Comercial passou a ser disciplinada pelo códex civilista, havendo o abandono da sua centralidade e estruturação, este foi mantido descarrilhado, fatos que refletem diretamente sobre a sua autonomia. Ainda assim, o Direito Comercial se mantém, com base na sua evolução histórica, prática, jurídica, metódica e técnica como um dos ramos autônomos do Direito Privado, ao lado do Direito civil. Não dependendo deste para ter a garantia de sua autonomia, com normas, princípios, institutos e mecanismo próprios e imanente da atividade empresarial.⁴³²

Ocorre que, desde a vigência e o intento de unificação do Direito Privado a autonomia do Direito Comercial tem sido alvo de diversas teorias no intuito de retirar dele a sua primazia e individualidade, sendo acoplado à estrutura do Direito civil. Por esse motivo, se tornou fundamental e necessário afirmar, reafirmar e reforçar, continuamente, que esse ramo do Direito é autônomo, condição conquistada e mantida gradativamente ao longo dos anos.⁴³³

Segundo o posicionamento majoritário da doutrina há a defesa da autonomia do Direito Comercial. Nesse sentido, o próprio Vivante se retrata, em 1919, e reconhece a autonomia do Direito Comercial, apontando que “a minha frequente participação nas reformas legislativas e, especialmente, na do Código de Comércio, durante os numerosos anos transcorridos desde a mencionada iniciativa, convenceram-me de que aquela fusão dos dois códigos em um único teria trazido um grave prejuízo ao progresso do direito comercial”⁴³⁴.

Ademais, o nobre pensador Cesare Vivante⁴³⁵, ressalta a perda do valor científico para o direito comercial, ao pontuar os possíveis bloqueios causados pelo modo de se pensar, expor, trabalhar e pensar o Direito Civil ao declarar que:

Inspirou-me originariamente aquela proposta o embaraço científico no qual encontrava-se nossa disciplina [direito comercial], condenada a viver a meio

⁴³² Ibid.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ VIVANTE, Cesare. **Introdução ao tratado de Direito Comercial**. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 102, p. 134-138, abr.jun. 1996, p. 134.

⁴³⁵ Ibid, p.134.

caminho entre os empirismo da prática e as doutrinas tradicionais consagradas pelo Direito Civil, bloqueando-se na impotência jurídica dos contratos *sui generis*. E ainda hoje penso que aquela fusão é um dever de quem estuda e de quem ensina, uma dever científico e didático, porque a ciência e a escola devem tender para construções unitárias; e penso ser, também, um dever judiciário, porque a magistratura não pode cumprir sua função social se não tende para o equilíbrio dos interesses e para a unidade das regras sob sua tutela.

Logo, pode-se apontar que o autor reconhece, em primeiro lugar, que o método do direito comercial é indutivo, prevalecendo o estudo empírico de fenômenos técnicos, afirmando, ainda a tendência de criação de um único mercado mundial, em substituição a mercados locais. Em seguida, afirma que a regulamentação dos negócios à distância, dos negócios em massa e a disciplina dos títulos de crédito só poderiam ser feitas dentro do direito comercial, à medida que o Direito Civil não seria suficiente para tutelar os interesses do jogo.⁴³⁶

Outrossim, primoroso expor o modo vivaz com que o nobre Cesare Vivante⁴³⁷ expressou sua mudança, além de defender o grau de importância em ser ainda mais robusto ao pensador validar seu posicionamento, bem como comprovar os motivos para que a outra ideia seja abandonada:

Por isto, sinto o dever de justificar este atos de conversão, com o desejo de que lhe seja dado todo o peso que merece, em razão daquela experiência, tanto mais que uma convicção nova deve gozar de maior autoridade do que aquela que foi abandonada, quando se pensa que o escritor de boa-fé, para mudar a própria convicção, deve combater não só as razões que originariamente a determinam, mas, também, aquelas que, sucessivamente, por força de coerência, vinham naturalmente a reforçá-la.

De modo a robustecer o novo posicionamento e a influência de Vivante, no Brasil, Oscar Barreto Filho⁴³⁸ defende a autonomia do direito mercantil em função da especialidade do fenômeno econômico regulado. Por sua vez, Waldírio Bulgarelli⁴³⁹ também defende a autonomia, invocando a existência de institutos peculiares a vida comercial, os quais não podem ser regidos pelo direito comum.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ Ibid, p.135.

⁴³⁸ BARRETO FILHO, Oscar. **A dignidade do direito mercantil**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 2, nº 6, p.295-305, set/dez 1999.

⁴³⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: 1999.

Nesse sentido, como bem ressalta Paulo Roberto Colombo Arnoldi⁴⁴⁰:

A razão para se afirmar que o direito comercial é uma ciência autônoma encontra-se no fato de que ele apresenta institutos característicos, peculiares à vida comercial, incapazes de ser regidos pelo direito comum, como as sociedades mercantis, a falência, a concordata e os títulos de crédito.

Entretanto, há de se destacar, o posicionamento de Filomeno José da Costa⁴⁴¹ o qual nega a autonomia do Direito Comercial. O referido doutrinador afirma que o Direito Comercial desapareceu em decorrência do seu próprio processo histórico; que os costumes, o cunho progressista e o caráter internacional não justificam a sua autonomia, e por fim alega que há uma unidade na vida econômica não havendo motivos para um tratamento peculiar. Chega ainda a afirmar que a redução do Direito Comercial apenas ao direito empresarial não daria uma solidez suficiente para o reconhecimento de uma eventual autonomia deste ramo do Direito.

Todavia, o posicionamento do autor padece de alguns pontos inconsistentes, pois, ao contrário do que se buscou expor o Direito Comercial não desapareceu ou perdeu seus costumes ou deixou de ser autônomo ante o processo histórico, mas se fortaleceu de modo ferrenho, principalmente com a consolidação da Teoria da Empresa, a qual trouxe maior subsistência e delimitação aos seus institutos, além de determinar os sujeitos regidos pela norma correlata. Entretanto, a sua disposição no Código Civil é contrária mesmo aos preceitos lógicos da ciência jurídica, conseqüentemente, o plano simbólico do centro vital (código) com capacidade de servir de centro, juntamente com a Constituição Federal para os microsistemas ao seu redor ganha seu sentido mais literal e material: a promulgação de um novo Código Comercial.⁴⁴²

Em arremate, dentro das minúcias outrora ressaltadas, cabe afirmar que, no Brasil, o Direito Comercial é composto por todos os fundamentos que tornam um ramo autônomo, ou seja, ele é constituído por normas exteriorizadoras da vivacidade material regulada, nesse sentido podemos citar a parte restante do Código comercial (Lei 556/1850), o Livro II (Do direito de empresa) do Código Civil, de 2002, a Lei de

⁴⁴⁰ ARNOLDI, op. cit., 1998, p.16.

⁴⁴¹ COSTA, Filomeno J da. **Autonomia do direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

⁴⁴² COELHO, op. cit., 2012.

Falência e Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011), a Lei Uniforme de Genebra (Dec. 57.663/1966), a Lei do Cheque (Lei 7.357/1985), a Lei da Letra de Câmbio (Dec. 2.044/1908) etc.⁴⁴³

Ademais, trouxe à baila princípios que lhe são peculiares, tais como, o da liberdade de iniciativa, o da livre concorrência, o da função social da empresa, o da preservação da empresa, o da legalidade e exploração da atividade empresarial, da liberdade de associação, o da autonomia da vontade, o da boa-fé nas relações contratuais e o da liberdade de associação.⁴⁴⁴

Cada princípio abarcado pelo Direito Comercial foi suplantado e estabelecido em virtude da sua evolução e desenvolvimento histórico e técnico, tendo como base as suas diversas e reiteradas práticas comerciais contínuas e mutáveis, pois elas acompanhavam não apenas as mudanças do comércio e dos empresários, transmutavam-se com base nas novas demandas.⁴⁴⁵

Assim, frente a importância de se manter a relação global de comércio, a concorrência com os outros *players* no mercado, o início de uma atividade empresarial com base no conhecimento e perspicácia do empresário, além da busca pela conquista do lucro, fator primário de qualquer atividade comercial, adveio o princípio da livre concorrência.⁴⁴⁶

Posteriormente, haverá a difusão do princípio da função social da empresa, pois se perceberá que ela não serve apenas para satisfazer as vontades privadas do empresário, o lucro puro. A empresa é, acima de tudo, a fonte de produtos, de serviços, de trabalho e de recursos para o próprio Estado. Além de comportar o fator primordial de poder “organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade”.⁴⁴⁷

Enquanto primordial, importa ressaltar o princípio da autonomia da vontade e o da boa-fé, pois fundamentais e basilares em toda e qualquer relação empresarial. É pela vigência desses princípios que os empresários conseguem entabular como,

⁴⁴³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁴⁴⁴ COELHO, op. cit., 2012.

⁴⁴⁵ Ibid.

⁴⁴⁶ COELHO, op. cit., 2016.

⁴⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **EMPRESA, ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 212: 109-113, abr./jun 1993.

quando e onde determinada relação obrigacional será realizada, bem como as condições e o objeto negociado, logo, esses princípios tornam as relações mais dinâmicas e diretas, onde cada qual sabe exatamente as suas garantias e obrigações contratualmente estipuladas, ainda que de modo mais informal, por isso as obrigações entre empresários comportam uma percepção e conotação totalmente diversa e díspar daquela outrora disposta enquanto obrigação civil.⁴⁴⁸

Portanto, “falar-se, assim, em unificação do direito das obrigações quando ainda sobrevivem, de um lado, regras específicas para os contratos entre empresários e, de outro, princípios próprios para os negócios jurídicos sujeitos ao direito comercial, é inapropriado”.⁴⁴⁹

No seu lapidar, o Direito Comercial permitiu a percepção e estruturação de algumas características basilares de onde os princípios extraem sua fonte de energia, ou seja, o Direito Comercial se caracteriza pela necessidade de internacionalização de suas regras (ou cosmopolitismo), comporta a capacidade de abarcar todos os mercados mundiais, demanda a simplicidade de fórmulas jurídicas, legais e materiais, de forma que suas regras devem ser aplicadas com rapidez devido à sua dinamicidade (informalismo), seus princípios são elásticos e as suas operações são puramente regidas pela onerosidade.⁴⁵⁰

Como bem se observa da construção, desde o primeiro capítulo, um dos principais fatores comerciais foi e ainda é a onerosidade, a qual surgiu de um momento social onde as necessidades eram maiores que a capacidade e habilidade, portanto, um precisava do outro. Assim, em um composto organizacional, um fabricava e vendia para o outro em troca de algo que desejava, assim, o comércio nasceu com a intrínseca característica da onerosidade. É imanente e parte indissociável essa característica, fato totalmente díspar e incomum às normas do Direito civil, uma vez que estas cuidam das relações estruturais da sociedade, como aquelas com caráter primordial da durabilidade, ou seja, envolvem um lapso temporal mais extensivo do que as relações empresariais que são rápidas e dinâmicas, portanto, a empresa é uma questão individual a qual merece ser dessa forma compreendida e estruturada,

⁴⁴⁸ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁴⁴⁹ COELHO, op. cit., 2016, p.47.

⁴⁵⁰ COELHO, op. cit., 2012.

pois foram essas características que lhe deram essa vida contínua, dinâmica e autônoma.⁴⁵¹

Igualmente, o Direito Comercial foi capaz de criar, estruturar e regulamentar institutos imanentes que lhe são tão caros, tais como os títulos de crédito, o estabelecimento comercial, a propriedade industrial, a concorrência, as sociedades, o nome empresarial, o crédito, o seguro, a comercialização etc. Bem como é constituído por um método dialético e doutrinário individual e próprio que depende do aprendizado técnico e prático de suas matérias e institutos.⁴⁵²

Afora ter formulado todos os fundamentos que o tornam um ramo autônomo, concentra, ainda, a capacidade de fracionar sua ampla autonomia em seus diversos tipos, logo, possui autonomia didática, pois detém a capacidade de ter sua matéria separada da de outros ramos do Direito sem perder as suas características, tanto que é ensinado de modo individual e integral nas mais diversas grades curriculares das Universidades no Brasil e no Mundo, além disso, constituí cursos específicos de pós-graduação, tanto *latu sensu* quanto *strictu sensu*.⁴⁵³

Quanto à autonomia substancial (científica ou jurídica) vislumbrada em razão da substância dispendida da própria matéria, ou seja, aquilo que a torna individualizada em razão de seus princípios, do seu método, da sua cientificidade, pois demanda a análise de atos técnicos e práticos, das suas normas e particularidades, condição deveras apontada e reforçada ao longo deste trabalho. Tal fato é visível, pois o primeiro a surgir enquanto uma necessidade social foi o comércio, afinal, antes mesmo das pessoas se reunirem em sociedade ele era realizado entre as tribos. Em razão de sua vida histórica ser quase tão antiga quanto a da humanidade, foi que ele nasceu totalmente livre das amarras e do controle estatal, fato que lhe permitiu a criação e estruturação de seus institutos, regras e preceitos próprios em total disparidade com os outros ramos do Direito.⁴⁵⁴

Quando o Direito Comercial nasceu acabou englobando, por muitos anos, tanto a relação do comerciante para com os trabalhadores, como a relação daqueles para com os consumidores, pois naquele tempo não existia um ramo específico que

⁴⁵¹ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁴⁵² FERREIRA, op. cit., 1954.

⁴⁵³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁴⁵⁴ Ibid.

regulasse ou resguardasse a classe dos comerciantes ou dos trabalhadores. Ainda assim, mesmo com a vigência do Direito civil, do Direito trabalhista, do Direito ambiental e do Direito do consumidor, o Direito Comercial se manteve, pois o seu foco primordial enquanto ramo específico e autônomo é cuidar das atividades econômicas e das relações específicas, próprias e minuciosas havidas entre os empresários.⁴⁵⁵

Portanto, sua substância, substrato, enquanto base para construção e desenvolvimento do seu estudo e conhecimento seja na conjunção de normas ou ante sua percepção enquanto ciência concentra suas raízes estruturais no passado. Precedido de sua lapidação e mutação, em conformidade com as novas demandas econômicas e doutrinárias, resultando na teoria dos atos de comércio e hodiernamente na teoria da empresa.⁴⁵⁶

Ademais, quanto à autonomia formal (ou legislativa) - aquela existente em razão da vigência de um Código e Leis próprias - , é imprescindível fazer referência ao centro vital desta disciplina, qual seja, o Código comercial, todavia, conquanto, esse se encontra abandonado à sua própria sorte clamando por mudanças e reorganização da expansão e total falta de controle das normas comerciais, não derroga ou retira a sua autonomia formal, ao contrário, ela se mantém, ainda que de modo deturpado, por intermédio das diversas legislações esparsas.⁴⁵⁷

De modo que no atual estado das legislações nacionais é incondicional negar seu estágio de desenvolvimento, ou seja, “o Direito Comercial é um direito autônomo [...], possuindo regras próprias contidas no velho Código Comercial e nas leis extravagantes posteriores que lhe são afins”.⁴⁵⁸

Igualmente, o Direito Comercial não é formado apenas pelas diversas espécies de autonomia, ele é reforçado e robustecido em suas estruturas em razão de suas próprias fontes, as quais, nos dizeres de Fazzio Júnior⁴⁵⁹ são os meios técnicos próprios auxiliares na resolução de seu direito objetivo.

Pois, são as fontes que dão vida ao desenvolvimento da sistematização, do método e da aplicabilidade das normas de Direito Comercial⁴⁶⁰. Para Cesare

⁴⁵⁵ COELHO, op. cit., 2012.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989

⁴⁵⁸ Ibid, p.37.

⁴⁵⁹ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁶⁰ Ibid.

Vivante⁴⁶¹ as suas fontes são delimitadas em primeiro lugar pelas normas de caráter empresarial, após pelos usos comerciais que são largamente difundidos e, por último, apenas quando necessário, pelas normas de direito civil.

Ao contrário, é o posicionamento de Alfredo Rocco⁴⁶² para quem as fontes comerciais são definidas enquanto formais e materiais, de modo que as fontes formais são as leis e os costumes, enquanto as fontes materiais se mostram como aquelas com capacidade de auxiliar na determinação do conteúdo exposto na norma discutida ou aplicada, em suas concepções o Direito civil não deve ser fonte do Direito Comercial, pois são ramos diversos e ele não influí na criação deste direito.

O direito civil não pode ser fonte de direito comercial, porque não é um meio de criação de direito, mas é antes, um complexo de normas jurídicas já formadas e criadas. O direito civil aplica-se, é verdade, em matéria comercial [...] mas isto significa simplesmente que o direito civil em alguns casos regula também relações comerciais, e não que êle dê lugar à formação de normas de direito comercial propriamente dito.⁴⁶³

Nesse espeque, Arnoldi⁴⁶⁴ aponta que o Direito Comercial é formado por fontes históricas (os diversos acontecimentos documentados ao longo do tempo e do espaço), materiais ou constitucionais (questões que influenciam na criação das leis) e formais (as exteriorizações da norma jurídica, como, as legislações e os costumes).

Todavia, em que pese cada autor tenha se baseado em sua época e momento é de nosso esteio corroborar parte da adoção de Waldo Fazzio⁴⁶⁵, assim, haverá a incidência das fontes primárias e secundárias, logo, são fontes primárias (ou imediatas) do Direito Comercial as legislações (o Código comercial, o Código civil, as leis extravagantes e os Tratados e Convenções Internacionais), pois são o substrato impositivo da ordem jurídica, enquanto as secundárias são os usos, a analogia e os princípios gerais do direitos.

Por fim, é importante ressaltar que apesar do referido autor fazer o uso da aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁴⁶⁶

⁴⁶¹ VIVANTE, op. cit., 1918.

⁴⁶² ROCCO, op. cit.

⁴⁶³ Ibid, p.113.

⁴⁶⁴ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁴⁶⁵ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁶⁶ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942).

para determinar as fontes secundárias é imprescindível repensar que o próprio ramo comercial é constituído por princípios próprios e características imanentes, ou seja, que deveriam ser utilizados ante a existência de lacunas na sua fonte primária.⁴⁶⁷

Sem descurar da importância do tema para ressaltar a altivez autônoma do Direito Comercial vale atenção ao posicionamento de Alfredo Rocco⁴⁶⁸, pois o Direito Comercial se utiliza como subsídio das normas de direito civil quando há lacunas em sua legislação, pois este é o código que regula a generalidade das normas de direito privado, isso não significa que o contexto histórico da referida norma geral seja fonte da norma especial.

As normas do direito privado geral (civil) vão ser utilizadas para suprir a lacuna da norma do direito privado especial (comercial), entretanto, o direito especial não tem o substrato das normas gerais como fonte e guarda delas separação. Ainda que no presente momento o referido Código civil englobe a definição em torno da qual gravita o comércio, ou seja, o exercício da atividade empresária.⁴⁶⁹

Assim, após todos os apontamentos realizados neste tópico, podemos confirmar a autonomia do Direito Comercial. Primeiro pois no ordenamento jurídico brasileiro ele encontra normas próprias que tornam seus institutos basilares vivos e eficazes, ele é deflagrado junto às inúmeras jurisprudências do país, se reveste enquanto uma ciência estudada nas Universidades, pois gera repercussão na sociedade e cuida da organização de seus próprios institutos. Segundo: por ser um Direito de origem histórica que surgiu praticamente junto às necessidades sociais.⁴⁷⁰

São esses fatos e minúcias que reiteradamente afirmam e tornam a autonomia do Direito Comercial um composto estruturado, contínuo, efetivo e materialmente comprovado. Pois, a autonomia do Direito Comercial, como regime especial, reitera se, decorre do fato da disciplina possuir características, institutos e princípios próprios, elemento presente desde o seu nascimento até hoje. As atividades econômicas desenvolvidas no mercado possuem características muito específicas.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁶⁸ ROCCO, op. cit.

⁴⁶⁹ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁷⁰ ARNOLDI, op. cit., 1989,

⁴⁷¹ Ibid.

Em desfecho, é perceptível que a sistemática positivista, jurídica e científica do Direito comercial se mostra autônoma desde o seu nascedouro, todavia, houve alguns descaminhos donde sobrevieram efeitos nefastos com capacidade de enfraquecer essa autonomia, ainda que ela se mostre irrefutável e imanente, todavia, é preciso a reformulação e reconfiguração da sua força motriz vital: uma (re) codificação.⁴⁷²

⁴⁷² COELHO, op. cit., 2012.

CAPÍTULO III – O ENFRAQUECIMENTO DA AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

Nos termos apresentados no segundo capítulo foi possível comprovar, demonstrar e atestar a prosperidade do Direito comercial, pois não é apenas uma ciência jurídica a ser estudada e discutida nos centros acadêmicos e na doutrina, acima de tudo, é um ramo específico do Direito Privado e está totalmente revestido de autonomia.

Sua autonomia foi construída pouco a pouco por meio da lapidação e da progressão de seus institutos em fiel conformidade com as demandas inovadoras, mutáveis e dinâmicas do mercado. O referido ramo se mostrou um direito capaz de se mover conforme as alterações econômicas do mercado de serviços e produtos e de capitais, portanto, uma ciência cujas normas devem ser congêneres, simétricas.⁴⁷³

Todavia, por alguns motivos a serem minimamente pontuados e retratados, essa autonomia, ainda vigente, sofreu intempéries e foi prejudicada, causa pela qual ela se mostra manca e trôpega, além de enfraquecida. Pois, a continuidade desse enfraquecimento acarreta em consequências nefrágicas para o desenvolvimento econômico e social do país.⁴⁷⁴

Nesse esteio em continuidade à defesa da nova codificação comercial a presente tese de doutoramento buscará comprovar, explanar e demonstrar acerca dos fatores e motivos que levaram ao enfraquecimento da autonomia do Direito Comercial, pois dessa forma será possível expor sobre os apontamentos que padecem de reparos e mudança, cabendo, em sequência tratar sobre como a vigência de uma nova codificação comercial que terá como objetivo servir como bússola para os demais microsistemas, consolidar e fortalecer os princípios do Direito Comercial, construir um campo jurisprudencial simétrico, sustentar a segurança jurídica, além de reafirmar a integralidade de sua autonomia.

⁴⁷³ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁴⁷⁴ COELHO, op. cit., 2012

3.1 UM ABANDONO AO CÓDIGO COMERCIAL FRENTE O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a promulgação do Código Civil italiano, em 1942, o qual materializou a teoria da unificação da codificação do direito comercial pelo direito civil, o Brasil logo optou por adotar tal pretensão, sem nem ao menos realizar um estudo aprofundado e prático ou buscar analisar a experiência local, a constituição hodierna e os reflexos que essa unificação poderia gerar, não apenas para a ciência jurídica do Direito Comercial, mas para o mercado, os empresários e os investidores, nacionais e internacionais.⁴⁷⁵

Tal fato é imprescindível para determinar a incidência e importância de determinado conjunto de normas minimamente específicas, sendo preciso compreender e entender o seu âmbito substancial, bem como as suas nuances daquela “categoria de relações econômico-privadas” dentro da sociedade sob viés de ser ou não necessário uma “disciplina jurídica especial e, senão completamente, ao menos em grande parte diversa das restantes relações econômico-privadas”.⁴⁷⁶

Em completa desatenção a essas minúcias tão vivazes, no ano de 2002, houve a promulgação e vigência do novo Código Civil que em seu corpo adotou a teoria da empresa ao definir o conceito de empresário em seu artigo 966⁴⁷⁷, mudança necessária para o Direito Comercial que àquele tempo demandava mudanças e uma melhor estruturação de sua definição e delimitação.⁴⁷⁸

Daí conceito de empresa é um passo, pois pressupõe-se uma organização para que o comerciante execute suas atividades. O direito comercial passa a ter como base a empresa, sendo que o comerciante passa a ser visto como empresário, não se falando mais em ato comercial isolado, mas em atos ordenados e sequenciados, dirigidos agora por uma empresa.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁴⁷⁶ ROCCO, op. cit., p.66.

⁴⁷⁷ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

⁴⁷⁸ CAVALLI, op. cit., 2012.

⁴⁷⁹ ARNOLDI, op. cit., 1998, p. 44.

Ocorre que, ao adotar tal questão, o legislador brasileiro, por razões variadas, copiou o modelo do Código Civil italiano, inserindo, a nosso juízo, indevidamente, a matéria dos títulos de crédito, do direito da empresa e demais institutos mercantis conexos no Código Civil, representando, assim, ao invés de um avanço, verdadeiro prejuízo ao direito comercial.⁴⁸⁰

Nesse sentido é interessante ressaltar que o próprio Código Civil italiano abarcava em seus esteios não somente matérias de cunho comercial; ademais, acoplava questões de ordem trabalhista, consumerista e outros. Logo, referida codificação abarcava uma vasta gama num único Código, sem se considerar as premissas particulares de cada qual. De modo diverso daquele, o legislador brasileiro não aglutinou o direito de trabalho junto ao Código Civil sob os auspícios de que aquele é uma disciplina autônoma com normas e princípios próprios.⁴⁸¹

Acerca dessa matéria Ivo Waisberg⁴⁸² complementa ao ressaltar que:

A disciplina do direito do trabalho na Itália, inserida no código civil daquele país de 1942, não levou à conclusão de que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deveria deixar de existir no Brasil, pois tal ramo laboral possui peculiaridades e princípios próprios que não se confundem com as regras orientadoras do direito civil. Da mesma forma, o direito comercial tem princípios próprios e aspectos específicos que justificam e demandam tratamento adequado.

Todavia, seguindo o pensamento do autor, válido apontar que é o mesmo fundamento que justifica e corrobora a autonomia, bem como o desligamento do Direito Comercial do âmbito civilista, entretanto há uma precípua insistência na manutenção desta junção, ocasionando no conseqüente abandono daquele em *prol* da consagração e primazia da disciplina civilista.

Dessa forma, em total disparidade grande parte da matéria referente ao Direito Comercial está inserida no referido diploma civilista, ou seja, o Código Comercial, ante essa realidade, foi esvaziado. A unificação relativa da legislação⁴⁸³

⁴⁸⁰ COELHO, op. cit., 2012.

⁴⁸¹ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁴⁸² WAISBERG, Ivo. O novo Código Comercial Brasileiro. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 set 2011. Disponível em <<https://www.valor.com.br/legislacao/1027938/o-novo-codigo-comercial-brasileiro>> Acesso em 20 nov 2018.

⁴⁸³ A presente tese parte da premissa de que o Código Comercial foi abandonado apenas com a matéria voltada ao Direito Marítimo. Enquanto a maioria das matérias e institutos próprios do Direito Comercial foram acrescidos ao Código Civil, enquanto o restante restou sedimentado por leis esparsas sem a

transformou-o em um corpo desconexo com um emaranhado de leis esparsas, às vezes contraditórias, às vezes com capacidade para evidenciar descontínuas dúvidas e questionamentos.⁴⁸⁴

O Direito Comercial segue como um corpo cuja suas partes vitais, como braços, pernas, coração e demais órgãos, estão atualmente dispersos, separados e desmembrados. Todavia, é formidável considerar a continuidade da vida para essas unidades segregadas, contudo, sem um centro vital (Código), sem a sua unicidade e englobamento de todas as partes necessárias esses sub centros, ou órgãos vitais, vão parando de funcionar e perdendo a sua finalidade, vão se atrofiando.⁴⁸⁵

A segregação do Código Comercial teve início após a crença na concepção de que essa conjunção dos dois ramos do Direito Privado seria benéfica para toda a sociedade, primeiro, a última parte restou suprimida ante o advento do Dec. Lei 7.661 de 1945 que disciplinou em lei esparsa o instituto da falência e da concordata, em um segundo momento, houve a supressão do livro primeiro do Código Comercial de 1850, momento em que diversas matérias voltadas ao comércio foram inseridas no Código Civil de 2020. Logo, resta ao póstumo Código Comercial regente do Direito Comercial apenas a matéria atinente ao comércio marítimo, este, por sua vez, permanece sendo regido por uma legislação com mais de 150 (cento e cinquenta) anos.

O Direito Comercial sofre constantemente com esse abandono, seja pelo fato de ser mantido de modo contínuo dentro das raízes conservadoras da legislação civil, em total contrariedade com as mudanças do mercado, com as necessidades materiais e imateriais da empresa, com as alterações e evoluções de seus institutos ou por demandar uma diversidade de legislações à parte em total falta de controle e organização central.⁴⁸⁶

Não bastasse o descaso e abandono do ponto vital ao redor do qual se estrutura e organiza toda a sistemática das legislações comerciais, ainda padece ao Direito Comercial ser continuamente esgarçado em seus valores e princípios. Pouco

regência de uma norma central que traga um caminho, ideias, preceitos e princípios a serem observados na interpretação e aplicação das normas de modo simétrico. Logo, houve uma unificação parcial.

⁴⁸⁴ COELHO, op. cit., 2012.

⁴⁸⁵ MALCHER FILHO, Clóvis Cunha da Gama. **A autonomia do direito privado e a necessidade de um novo Código Comercial: a abrangência do anteprojeto.** In: In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial.* São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁸⁶ Ibid.

se discorre ou trata acerca da análise das relações empresariais tendo em voga seus princípios e características, os usos e costumes do mercado ou seus valores construídos e injetados ao longo dos anos. Por outro lado, como o ordenamento brasileiro adota a interpretação e análise principiológica frente o caso concreto ou enquanto norma basilar para melhor compreensão e interpretação da letra da lei os institutos comerciais acabam afeitos aos princípios próprios do Direito Civil.⁴⁸⁷

Ademais é preciso concatenação dos pontos e minúcias que envolvem e tornam díspares os dois ramos do direito privado, pois ambos são totalmente autônomos, cada qual cuidando de seus próprios preceitos individuais e suas particularidades com base nas matérias e limitações que lhe são atinentes.

3.1.1 O Direito Público e o Direito Privado

Segundo Norberto Bobbio⁴⁸⁸ a diferença e delimitação do Direito entre um ramo público e outro privado teve sua primeira disposição expressa em duas passagens do *Corpus iuris*, deste se predispunha a concepção de que as questões públicas eram atinentes ao ramo público, enquanto o privado abarcava questões que eram de interesse dos indivíduos, pensamento a se dissipar por todo o Ocidente e se manter austero até a modernidade.

Dessa forma a grande diferença ou concepção de uma dicotomia, como bem asseverado pelo autor, está no fato de que são polos diversos onde a delimitação ou estipulação de um desses lados não oferece necessariamente a do outro, mas acaba influenciando e lhe garantindo um aspecto negativo, ou seja, o privado é o “não público”, enquanto o público é o “não privado”. Ao mesmo tempo, privado está diretamente relacionado e concatenado com a ideia da relação entre particulares, enquanto o público coloca em voga a existência ou mera participação de um terceiro alheio ou diretamente interveniente, o Estado.

A vigência e o alastrar desta dicotomia de raízes romanas moldou o cenário estrutural da ordem jurídica contemporânea, onde a coisa pública diz respeito ao

⁴⁸⁷ COELHO, op. cit., 2012.

⁴⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz&terra, 2017.

Estado e está diretamente ligada às suas responsabilidades seja no ramo jurídico, administrativo ou financeiro, cabe ao ente supremo que tomou para si o *juris dicto* determinar, em conformidade com os seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) organizar, estruturar e primar pelas garantias necessárias à vida humana. Logo, é essa a esfera atinente do Direito Público.⁴⁸⁹

Por outro lado, há as relações confabuladas entre os particulares as quais dizem respeito, em sua desenvoltura apenas aos participantes por meio da sua própria autonomia da vontade, onde pactuam determinadas obrigações para ambas as partes, ou onde uma das partes se comprometem a fazer ou deixar de fazer determinada questão que estará afeita apenas à sua esfera privada, ou seja, aos seus bens privados. Determinando assim a esfera de atuação e limitação do Direito Privado.⁴⁹⁰

De outro ponto mais comum, pode-se determinar, como bem asseverado por Ricardo Luis Lorenzetti⁴⁹¹, o fato delimitador de que a característica primordial no “âmbito público é a lei, que é expressão do império do soberano; no âmbito privado, é o contrato, que revela a declaração de vontade humana”, portanto, imprescindível o cuidado do Judiciário ao analisar e interpretar os caso práticos, tendo sempre em voga as concepções de que o privado é regido pelo contrato, ou seja, ele faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Logo, tudo aquilo que não for possível determinar como sujeito aos ramos públicos estará sujeito à aplicabilidade da legislação que rege o ramo privado, sempre levando em consideração que um anulará a imperatividade do outro; cada qual com suas especificidades e determinações. De modo exemplificativo, o Direito Público se mostra enquanto defensor e acolhedor dos direitos humanos, fundamentais e indisponíveis, contrapartida, o Direito Privado atua na esfera dos direitos personalíssimos, individuais e disponíveis.⁴⁹²

Na antiguidade, o Direito Privado, surgiu enquanto mecanismo com capacidade suficiente e imanente para controlar restritivamente o poder advindo do soberano. Sua finalidade é limitar e restringir, pois, assim, o soberano não poderá

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ DINIZ, op. cit., 1982.

⁴⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.226.

⁴⁹² BOBBIO, op. cit., 2017.

interferir nas determinações privatísticas, nas negociações e decisões escolhidas pelo indivíduo quando em sua relação com outros particulares.⁴⁹³

Embora já existisse a ideia de liberdade aos particulares, com o advento dos Estados Absolutistas todo o poder voltou a ser concentrado nas mãos do Estado, de modo que tudo e todos são dele e para ele, nada havia acima da sua supremacia. O fator poder se torna a condição do momento, é ele quem determina o grau de liberdade ou como cada qual poderá agir.⁴⁹⁴

À vista disso, sobrevêm à necessidade de controlar o fenômeno poder⁴⁹⁵ de modo que haja uma restrição e uma mínima delimitação entre as imposições e ações praticadas pelo Estado e aquelas de autonomia dos particulares. Doutrinariamente, é possível estipular essa delimitação frente a compreensão do pensamento de Norberto Bobbio⁴⁹⁶, para quem o poder pode ser segregado em três tipos: econômico (da riqueza), ideológico (do saber) e político (da força).

Nesses termos, segundo o ensinamento do autor, o poder econômico diz respeito ao fator posse e propriedade ou controle dos fatores de produção, logo, é a capacidade de dispor e fazer uso das riquezas encontradas e disponíveis em determinado território. Ao contrário, o poder ideológico é aquele conspurcado nas doutrinas, escritos ou códigos com capacidade para influenciar, determinar ou alterar o comportamento das pessoas dentro de uma sociedade.

Por último, o autor faz referência ao poder político, sendo definido pelo referido autor como a possibilidade de impor ou estipular determinada ação pelo uso da força, pois ele é seu único e irrestrito detentor, possuindo, portanto, o monopólio dessa fonte de poder.

Assim, frente a análise da obra de Norberto Bobbio⁴⁹⁷, Maria Helena Diniz⁴⁹⁸ e Hans Kelsen⁴⁹⁹, é possível expor que quando em conjunção com a

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ DINIZ, op. cit., 1982.

⁴⁹⁵ A referência feita aos três tipos de poder se mostra essencial apenas para instrumentalizar os limites da atuação moderna do Estado frente o particular, limitação esta criada pela efetividade do Direito Privado que trouxe ao seio dos indivíduos a titulação dos poderes econômicos e ideológicos, restando ao ramo publicista o poder político. Ademais, conquanto o fenômeno do poder e todas as suas nuances políticas e sociológicas não se comprazem com o foco deste trabalho, para um estudo e compreensão alargada acerca deste recomendasse a leitura integral de obra de Norberto Bobbio.

⁴⁹⁶ BOBBIO, op. cit., 2017.

⁴⁹⁷ Ibid.

⁴⁹⁸ DINIZ, op. cit., 1982.

⁴⁹⁹ KELSEN, op. cit., 2000.

consagração dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, bem como, a supremacia da Ordem Constitucional houve a sedimentação de que os poderes ideológicos e econômicos estão condicionados, em sua maioria, aos particulares e privados, devendo ser liberados a qualquer pessoa, portanto não cabe ao Estado sua determinação ou imposição. De modo que ao Estado resta a integralidade do poder político.

Outrora, o poder político posto sob a égide do Estado, apesar de ser supremo precisa de um freio, de um mecanismo com capacidade para evitar ou coibir atuações irresponsáveis e prejudiciais. Não é sem razão que o constitucionalismo foi erigido e colocado frente o ordenamento jurídico brasileiro enquanto limite para este poder.⁵⁰⁰

Porquanto, o público dirá respeito àqueles casos onde se discuta questões voltadas à participação do Estado, seja direta ou indiretamente, enquanto o ramo privado estará voltado à aplicação da lei quando houver a participação da vontade particular em se valer de seus bens privados seja no modo de disposição ou de comercialização destes.⁵⁰¹

Ademais, para Bevilaqua⁵⁰², o direito privado é o ramo do direito que disciplina relações pautadas por uma igualdade jurídica. Por ser espécie de direito intuitiva, é tão antigo quanto à vida em sociedade, pois sem ele a convivência entre o indivíduo seria impossível. O direito privado se desenvolveu predominantemente durante o Império Romano, no qual se formou os seus principais institutos, existentes até hoje. Nessa fase não se pode dizer que havia dicotomia do direito privado, uma vez que apenas na Idade Média começa a se desenvolver o chamado direito comercial. Assim era o direito privado sinônimo de direito civil, o que gera a afirmação de que o direito civil é o direito privado geral ou comum.

Contrapartida, na determinação de Fábio Ulhoa Coelho⁵⁰³, esses dois ramos do Direito comportam esferas distintas de atuação além de princípios próprios, como o “da supremacia e da indisponibilidade do interesse público”, para o Direito Público e o “da autonomia privada e da igualdade”, para o Direito Privado, fato

⁵⁰⁰ BOBBIO, op. cit., 2017.

⁵⁰¹ DINIZ, op. cit., 1982.

⁵⁰² BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Editora Servanda, 2015, p. 75.

⁵⁰³ COELHO, op. cit., 2014, p.36-37.

relevante, uma vez que sua finalidade é determinar e limitar o tratamento do seu objeto, pois:

a dogmática jurídica, em sua função de criar as condições para a decidibilidade dos conflitos, com o mínimo de perturbação social, atende a essa necessidade, na medida em que estabelece princípios básicos para a operacionalização das normas de cada um desses ramos do direito. Contudo, tais princípios decorrem, eles próprios, da maneira pela qual a dogmática concebe o ramo com que se relacionam, e, assim, revelam-se como definições tópicas, como *topoi*.

Tendo as disciplinas diferenças e necessidades marcantes, foi feita a codificação do Direito Privado em dois Códigos, o Civil e o Comercial. Assim coube ao Direito Civil a regulamentação das relações privadas gerais, e ao Direito Comercial as relações jurídicas especiais, aquela destinada a regular as atividades empresárias. Esse momento é fundamental para o desenvolvimento do Direito Comercial. A reunião de normas comerciais em um diploma próprio permitiu o desenvolvimento da matéria e a sua desvinculação das amarras próprias do conservadorismo civilista.⁵⁰⁴

À vista disso, tornou-se necessário a criação de um critério que delimitasse a incidência de cada um desses ramos. Para tanto, a doutrina francesa criou a teoria dos atos de comércio, contando como uma de suas funções essenciais a de atribuir, a quem praticasse os denominados “atos de comércio”, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação do Código Comercial.⁵⁰⁵

Assim, àquela época, o Direito Comercial regularia, portanto, as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio. Fato precedido e alterado em virtude da vigência do conceito de empresa enquanto o novo modo do exercício de comércio, junto à materialização da unificação parcial das legislações dos dois ramos de Direito Privado.

3.1.2 O propósito da unificação formal do Direito Privado

⁵⁰⁴ VIVANTE, op, cit., 1996.

⁵⁰⁵ COELHO, op. cit., 2016.

Conforme deveras concatenado e apontado no primeiro capítulo houve a difusão de duas correntes doutrinárias, uma em defesa da total autonomia legislativa do Direito Comercial e da dupla codificação e outra complacente com a sua inserção dentro do Código Civil, uma vez que se consideravam que o comércio era suficientemente amplo para englobar toda e qualquer pessoa, portanto, não demandava especificidades. Havia, ainda, uma corrente que defendia apenas da unificação de toda a questão das obrigações, pois estas eram comuns para ambos os direitos

No Brasil, quando ainda se discutia o projeto de lei que deu origem ao Código Civil de 2002, Paulo Roberto Colombo Arnoldi⁵⁰⁶ declarou ser aconselhável retirar a parte referente aos institutos comerciais, além da constante manutenção da distinção entre as obrigações comerciais e civis, por fim, conclamou e asseverou a necessidade de reformular o Código Comercial.

Entretanto, com o advento do Código Civil de 2002 houve não somente a inserção do critério material, o exercício da empresa, na legislação civil, como também o acréscimo da teoria geral dos contratos, da prescrição e decadência, do estabelecimento comercial, dos tipos societários, da teoria geral dos títulos de crédito, do nome empresarial, do registro e da transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedades, ou seja, diversos institutos comerciais foram inseridos naquele diploma cível.⁵⁰⁷

A corrente defensora da unificação concatena seus ideais sob a justificativa de que a inclusão de parte da matéria mercantil no novo Código Civil acabaria com a crise de mercantilização do Direito Civil, o qual insere em seus excertos institutos criados e desenvolvidos pelo Direito Comercial, fato que para os defensores da unificação retira do Código Comercial o seu fator especialíssimo, vez que seus institutos afetam tanto pessoas comuns quanto empresários e comerciantes. Por esse motivo, para eles, tal ato, deve-se exclusivamente a tentativa (diga-se de passagem, sem sucesso) de minimizar a crise e prestigiar o Direito Civil (acabar com a grande crise da mercantilização do Direito Civil, no século XX), tudo a partir da unificação

⁵⁰⁶ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁵⁰⁷ WAISBERG, op. cit., 2011.

legislativa das obrigações civis e mercantis, fato que foi materializado na Lei 10.406/2002.⁵⁰⁸

Todavia, o próprio legislador, ao buscar essa vertente unificadora segregou continuamente sua própria justificativa da mercantilização do Direito Civil, pois, com a inserção da Teoria poliédrica da empresa no Ordenamento Jurídico Brasileiro a matéria atinente ao Direito Comercial (empresa, títulos de crédito, dentre outros) ganhou nova limitação, não abarcando mais qualquer pessoa, ou seja, essa justificativa para a unificação parcial não se mostrou um argumento válido.

Não bastasse esse argumento, como bem apontado por Paulo R. C. Arnoldi⁵⁰⁹, com a unificação parcial das legislações no Código Civil, a doutrina passou a discutir, com certa ênfase, a defesa da tese de total unificação dos ramos do direito privado, a qual partia, fundamentalmente, da ideia de que a separação entre o Direito Civil e o Direito Comercial não passava de um mero fenômeno histórico já superado, ligado, sobretudo, ao surgimento e desenvolvimento do capitalismo.

A manutenção da unificação parcial das legislações dos dois ramos de Direito Privado, como se observa, não se compraz com o modo como tem se movimentado a sociedade empresária no Brasil. Noutra sentida, uma vez que a unidade da vida econômica moderna não permite uma disciplina única havendo assim a dicotomia direito civil e direito comercial. Pois, existe uma oposição entre os atos de conservação ou gozo dos bens e os atos de produção e de circulação, vale dizer, deve haver um tratamento distinto entre os bens tratados como objeto de propriedade ou de consumo e os bens empregados em um processo produtivo.⁵¹⁰ Sendo esta a profunda discrepância havida entre esses ramos, pois o direito civil é um direito da produção e do consumo de bens no seu valor de uso, já o direito comercial disciplina a circulação de bens.

Assim, os fundamentos e o efetivo propósito da unificação legislativa do Direito Privado demandaram um esforço hercúleo e pouco satisfatório, pois trouxe limitações de ordem civilista para o esteio das questões dialéticas e jurídicas reguladoras das normas de Direito Comercial.

⁵⁰⁸ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁵⁰⁹ Ibid.

⁵¹⁰ COELHO, op. cit., 2012.

De modo preocupante os contratos cíveis e mercantis passaram a ter uma mesma “teoria geral” ignorando-se a enorme distinção que existe entre estes, fato que ocasionou numa discrepante assimetria para os contratos empresariais. Diversas interpretações dos negócios jurídicos comerciais se diferenciam dos negócios jurídicos cíveis. Ademais, os modos e meios de interpretação dos contratos ou das relações empresariais determinam a existência da vontade pactuada entre as partes, é o princípio da boa-fé e confiança, que deve prevalecer, bem com o fator onerosidade.⁵¹¹

No passado, houve a total divisão entre esses contratos, de modo que cada qual regia e estipulava suas próprias concepções, regras gerais e específicas. O próprio Código Comercial tratava sobre as especificidades e minúcias de seus contratos em seu Título V, nos artigos de 121 a 246.⁵¹²

Todavia, com o descaso dos próprios doutrinadores que não tratavam esses contratos como efetivamente autônomos, acabou-se por desenvolver uma busca pela junção destes para com aquelas normas insculpidas nas leis civis, logo se perdeu as sutilezas e características próprias dos contratos mercantis. Fato que, no futuro, vai fomentar a aplicação assimétrica das normas aos contratos mercantis.⁵¹³

Não bastasse essa premência em condicionar os contratos mercantis à parte geral do Direito Civil, sob os auspícios de que nesse ponto são comuns, cabendo ao Direito Comercial apenas apontar as peculiaridades dos seus contratos, a fundamentação e o substrato dos contratos mercantis há ainda a precisa e constante necessidade de digladiar com o direito do consumidor.⁵¹⁴

O problema é que a unificação do direito das obrigações trouxe consigo o descaso pela *teoria geral* dos contratos mercantis. Uma vez que coincidiam os regimes das obrigações civis e comerciais, não haveria mesmo razão para estudar em separado os dois grupos de contratos, buscando singularidades no funcionamento e na disciplina de cada um deles. Justificava-se, tão somente, o estudo individual dos tipos contratuais.⁵¹⁵

⁵¹¹ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁵¹² BRASIL, op. cit., 1850.

⁵¹³ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. Prefácio Natalino Irti. 2 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.34-35.

No substrato da matéria civil os contratos são erigidos em fundamentos totalmente díspares da parte geral do Direito Comercial que em seu esteio busca promover a autonomia da vontade das partes contratantes e conta sempre com o fator onerosidade, ou seja, a busca pelo lucro de ambos os lados. Agora, além de se desviar e precisar fazer valer suas implicações ainda precisa se erguer contra as condições contratuais daquela matéria atinente ao consumidor.⁵¹⁶

Portanto, a vigência da temática consumerista e civil em face do Direito Comercial apenas recrudescer e torna mais latente e afunilada a sua aplicabilidade e eficiência frente relações contratuais comerciais, fato que comprova e demonstra o necessário retorno aos estudos e reforço das questões contratuais próprias dos empresários que trabalham com o comércio, pois “a consolidação do direito do consumidor tem levado os contratos comerciais à sua “redescoberta” como categoria autônoma, merecedora de tratamento peculiar e distinto das regras gerais de direito civil e direito consumerista”.⁵¹⁷

Logo, há de se defender e buscar as delimitações de cada um desses ramos, abarcando suas próprias particularidades em seus espaços, não buscar a junção ou unificação das normas num único diploma, jogando todos dentro de um mesmo cesto. E, como expressado por Waldírio Bulgarelli⁵¹⁸, é preciso distinguir “entre os contratos comuns, firmados entre particulares[...], dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com as empresas, sendo estes últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor”.

Entretanto, doutrinadores e juristas apenas percebem o fato de haver contratos civis e consumidores, além de sua parte geral, fundamentos e princípios próprios, não se observa a grandeza e importância dos contratos mercantis cada vez mais sobressalentes e precisos, pouco ou quase nada se declara de contrato comercial, principalmente quando se verifica a falta de uma especificidade ou nomenclatura aposta em lei.⁵¹⁹

Noutra de suas obras, Paula Forgioni⁵²⁰ nos demonstra como essa divisão dos contratos, na ordem contemporânea, em civis e consumeristas tem trazido à baila

⁵¹⁶ COELHO, op. cit., 2016.

⁵¹⁷ FORGIONI, op. cit., 2016, p.37.

⁵¹⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos Mercantis**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁵¹⁹ COELHO, op. cit., 2012.

⁵²⁰ FORGIONI, op. cit., 2009.

discussões até mesmo esdrúxulas e com capacidade para solapar e deteriorar toda a ordem das questões empresariais e mercadológicas, principalmente quando se tem em monta a falta de cuidado para com os contratos do comércio.

Em seus apontamentos a autora nos traz ao conhecimento o intuito de uma corrente doutrinária com a intenção de buscar “facilidades” aos pequenos empresários tendo como ponto de partido o Código de Defesa do Consumidor. Sim, esses defensores buscam “subsumir os pequenos empresários à categoria de consumidor”, tal tentativa, sob os auspícios da autora, criam uma “confusão entre os contornos do direito comercial e do direito do consumidor”, fato que “pode comprometer a percepção dos fundamentos do primeiro”.⁵²¹

A autora arremata seu posicionamento sob os argumentos de que:

As matérias possuem lógica diversa, de forma que a aplicação do Código do Consumidor deve ficar restrita às relações de consumo, ou seja Àquelas em que as partes não se colocam e não agem como empresa. De outra parte, se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo das relações econômicas.⁵²²

À medida que se acredita existir uma falta legislativa de determinados contratos mercantis o interprete tende por encaminhá-lo à aplicação e interpretação unicamente da lei geral, ou seja, do código civil ou das normas consumeristas em total desprestígio ao comercial.⁵²³

Atualmente, há de se falar na falta de simetria para as percepções empresariais, ou seja, os contratos, quando analisados unicamente sob a ótica dos fatos civis ou consumerista, principalmente frente os Tribunais constrói uma assimetria de interpretação, pois demandam um esforço inumano para que o jurista, ou o empresário, possam saber se será feita a interpretação do contrato sob a ótica do Direito Comercial (normas especiais), do Direito Civil ou das leis consumeristas.⁵²⁴

⁵²¹ Ibid, p.34.

⁵²² Ibid.

⁵²³ COELHO, op. cit., 2012.

⁵²⁴ FORGIONI, op. cit., 2009.

Ao seguir o posicionamento de Ivo Waisberg⁵²⁵, percebe-se a determinação e imposição das normas gerais acerca dos títulos de crédito que restaram em total descompasso com a Lei Uniforme de Genebra e com outras leis, fato que culminou na disseminação de diversas normas esparsas.

Ainda em conformidade com o referido autor, outro instituto comercial largamente afetado pela unificação foi a sociedade limitada. Antes submetida a flexível e enxuto arcabouço normativo, com a alteração, tornou-se figura societária burocrática e engessada, composta por institutos jurídicos confusos e cujo tratamento gera dificuldades interpretativas que promovem a insegurança jurídica, conforme ocorre com a difícil distinção prática entre as sociedades simples e as empresárias.

Igualmente, os princípios comerciais e seus valores foram abandonados e suplantados pelos civis que são homéricos em seu conservadorismo. Velhos costumes jurídicos consagrados na *praxe* forense, como a desnecessidade de outorga conjugal para o aval de pessoa casada, e a possibilidade de contratação de sociedade entre os cônjuges independentemente do regime de bens, foram injustificadamente alterados.⁵²⁶

Prontamente, observa-se que o propósito de sustentabilidade da unificação legislativa se mostrou reiteradamente prejudicial. Ainda que exista comunicação entre o direito comercial e o direito civil, cada qual é um ramo específico com sua própria autonomia fato que corrobora, sobremaneira, a continuidade da dicotomia legislativa, ademais a unificação não foi capaz de estimular e controlar o desenvolvimento e a continuidade do comércio em suas bases contínuas, dinâmicas e modernas, ao contrário trouxe inúmeros dissabores e amarras prejudiciais.⁵²⁷

3.1.3 Os problemas do Direito Comercial frente o Código Civil de 2002

O fator de excepcionalidade que envolve a matéria e disciplina do Direito Comercial foi construído ao decorrer do tempo e com base na sua difusão, propagação, pelo espaço através dos seus institutos, matérias, princípios e

⁵²⁵ WAISBERG, op. cit., 2011.

⁵²⁶ MALCHER FILHO, op. cit.

⁵²⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

legislações próprias; portanto, ele teve uma vida totalmente autônoma do outro ramo do Direito Privado, o Direito Civil, cujo seio de seu nascedouro e materialização ocorreu durante o período romano. Ambos nasceram por motivos e condições diversas sendo o Direito Comercial erigido sob as bases do comércio, com esteio na defesa de uma classe específica existente e em constante crescimento na sociedade: os comerciantes, futuros empresários.⁵²⁸

Assim, à época das corporações de ofício, Cesare Vivante⁵²⁹ definia o direito comercial como a constituição do comércio propriamente dito, ou seja, “aquelles actos praticados com o fim da especulação, que effectuam a transmissão das cousas das mãos do produtor para as do consumidor (actos de commercio), e das pessoas que exercem profissionalmente aquela função intermediaria (commerciantes)”, ademais com o desenvolvimento e a expansão do campo da atividade comercial, principalmente com o advento da Revolução Industrial, passará a “compreende também a industria manufactora, que transforma as matérias primas conforme as necessidades do mercado”.

No mesmo sentido, para Alfredo Rocco⁵³⁰ “o direito comercial pode-se, portanto, hoje definir como o complexo das normas jurídicas, que regulam as relações entre particulares derivadas da indústria comercial ou que são assimiladas (relações) na disciplina jurídica, e a sua realização judicial”, portanto, apesar da aplicação e incidência dos atos de comércio em sua concepção o direito comercial sempre abarca questões econômicas e tratativas do mercado nacional e/ou internacional.

Não sem sentido, Waldemar Ferreira⁵³¹ declara que este ramo do direito privado é composto por um sistema de normas cuja finalidade é regular as relações entre os homens, todavia, restringe essas relações como sendo aquelas advindas do comércio ou dele emergentes, pois engloba a mediação realizada entre a fabricação e a oferta e circulação de bens ou serviços no mercado.

Frente esses fatores percebe-se que desde a antiguidade era uma questão dissonante a conceituação deste ramo, entretanto, há de se observar que ele comporta conformidades, questão que se deve ao fato de sua matéria estar

⁵²⁸ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁵²⁹ VIVANTE, op. cit., 1918, p.8.

⁵³⁰ ROCCO, op. cit., p.3.

⁵³¹ FERREIRA, op. cit., 1954.

intimamente ligada não somente ao comerciante ou atualmente empresário, mas aos diversos fatores econômicos, sociais e políticos cuja influência direta no desenvolvimento da atividade comercial e do mercado é massificadora, questão totalmente díspar do direito civil, pois este não é influenciado pelo mercado ou pelo momento político e econômico da sociedade para a validade e incidência de suas normas.⁵³²

Ante os apontamentos, atualmente, a definição do Direito Comercial estará intimamente ligada a fatores objetivos e subjetivos. Em sentido objetivo está intimamente ligado com a realização da atividade econômica, antigamente definida como atos de comércio e hoje estipulada como empresa, além do fator lucro como o objetivo desta atividade. Enquanto em questão subjetiva, o direito comercial se encontra intimamente concatenado com fatores políticos, sociais e econômicos em constante mutabilidade e com capacidade para afetar o “lugar” onde os empresários se relacionam, o mercado e suas nuances: fluxo de caixa, oferta e demanda, inflação, deflação, dentre outros.⁵³³

Dessa forma, com o advento do Código civil, de 2002, o Direito Comercial deixou de ser mero cuidador de atos específicos e passou a abarcar o exercício da atividade de empresa, questão essa que acarretou não apenas na unificação parcial das legislações dos dois ramos de Direito Privado, mas, que afetou o Direito Comercial, pois este passou a ser suprimido e abandonado em substituição de uma nova nomenclatura, o direito empresarial.⁵³⁴

Tal pauta é apenas mais um dos fatores contundentes e influentes na não manutenção da unificação, pois o direito empresarial (ou de empresa) é apenas mais um dos sub ramos do Direito Comercial, sendo que em sua rotação gravitam diversos outros institutos, como, a propriedade industrial, o nome empresarial, o estabelecimento, os títulos de créditos, a falência, a recuperação judicial, etc.⁵³⁵

Referida discussão de *nomen juris* é discutida na doutrina, como bem ressalta André Luiz Santa Cruz⁵³⁶ em razão do fato de o Direito Comercial ter surgido em uma época na qual o foco e desenvolvimento eram voltados ao comércio,

⁵³² COELHO, op. cit., 2012.

⁵³³ ROCCO, op. cit.

⁵³⁴ COELHO, op. cit., 2012.

⁵³⁵ Ibid.

⁵³⁶ RAMOS, op. cit., 2018.

unicamente. Sendo que hoje ele é composto pelo advento da indústria, da manufatura, da produção em massa, dos bancos com suas atividades, das negociações e das diversas possibilidades de prestação de serviço nessa seara empresarialista.

Portanto, seguindo os pontos apresentados, essa evolução e transformação do Direito Comercial, em virtude da sua lapidação e especificidade, resultam da necessidade e continuidade da sua separação e extirpação do corpo de regras hodiernas do Código civil, pois ambos atuam em polos e concepções diversas, enquanto o civil cuida da relação entre particulares (pessoas físicas) e não se preocupa com questões econômicas, financeiras e com o mercado, o comercial cuida da relação entre empresários que são afetados de modo prejudicial pelos fatores subjetivos e imanescentes da seara cível.⁵³⁷

Assim, os problemas existentes no Direito Comercial encontram sua condição de causalidade justamente em razão da sua constante diferença e desconformidade com as questões, características e princípios totalmente diversos e díspares do direito civil. Pois, ainda que possam ter uma relação ou entrecruzar em determinado momento em razão de questões gerais um não supre ou substitui o outro podendo assim abarcá-lo como se congêneres fossem.⁵³⁸

Paulo Roberto Colombo Arnoldi⁵³⁹ discorre que o Direito Comercial é regido em suas particularidades (princípios e normas) em razão e com base no método indutivo, pois está sempre atento à realidade econômica do país, além de observar os picos e baixas do mercado frente a lei de oferta e demanda. Portanto, a ciência do comércio parte da observação daquilo que aconteceu e acontece no intuito de buscar possíveis resultados futurísticos, assim precisa ser dinâmico e comportar o fator mutabilidade em suas realizações.

Ainda em conformidade com a ideia do referido autor, pode-se apontar que o Direito Comercial é uma ciência estudada através da probabilidade, pois o método indutivo buscará apontar alterações no mercado, prováveis mutabilidades econômicas cujo resultado pode ser fundamental para determinar a queda ou a baixa na produção dos produtos ou na oferta de serviços, assim, o tecnicismo, a facilidade e dinamicidade se mostram como seu mais caro aliado.

⁵³⁷ NORONHA, op. cit., 2015.

⁵³⁸ COELHO, op. cit., 2012.

⁵³⁹ ARNOLDI, op. cit., 1998.

Ao contrário, o Direito Civil é uma ciência regulamentada e estudada sob a aplicabilidade do método dedutivo, ou seja, parte da análise de determinadas condições e estruturas para apontar uma conclusão definitiva, um resultado tido como imutável e contínuo, criando e aplicando seus próprios institutos mantidos naqueles termos e dentro daquelas condições deduzidas.⁵⁴⁰

Igualmente, até na formulação dos Códigos desses dois ramos do Direito Privado há uma disparidade não somente das matérias tratadas, mas também dos materiais utilizados, das pesquisas e pessoas chamadas a serem parte das propostas e discussões⁵⁴¹. Nesse sentido, Cesare Vivante⁵⁴² aponta que:

O método pelo qual se elabora o conteúdo dos dois Códigos, nos trabalhos legislativos, é absolutamente diverso, tal qual a mente dos colaboradores. Na preparação de um Código de Comércio, prevalece o estudo muitas vezes empírico dos fenômenos técnicos; sem se tratando do Direito Civil, prevalecem as exigências de uma profunda coesão e de uma disciplina sistemática dos conceitos gerais. Nas condições do primeiro, prevalecer o espírito de indução e de observação; nas deste outro, o de uma dedução lógica. [...] Os sinais dessa antítese entre um método e outro manifestam-se no modo pelo qual são constituídas as próprias comissões legislativas, uma vez que os que preparam o Código Civil são todos professores de Direito e o seu próprio material é formado, principalmente, pelo trabalho de doutrina enquanto, entre os que preparam o Código Comercial, não faltam jamais, além dos cultores do Direito, os homens de negócios, de bancos, da bolsa, de seguros, de contabilidade.

Portanto, dentro dessas condições iniciais o Direito Comercial precisa e demanda normas dinâmicas com capacidade para assegurar a probabilidade do custo (direito-custo) aplicado por determinado empresário, bem como acompanhar as mutabilidades mercadológicas.⁵⁴³

Igualmente, busca a homogeneidade da sua relação comercial com os outros países, uma vez que o comércio é universal e não conhece limites, enquanto o direito civil é regido por normas estáticas e de âmbito unicamente nacionais que cuidam de conservar as relações privadas entre pessoas físicas, principalmente no seio das relações familiares.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Ibid.

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² VIVANTE, op. cit., 1996, p.135.

⁵⁴³ COELHO, op. cit., 2016.

⁵⁴⁴ Ibid.

Logo, em conformidade com o apontamento de Paula Forgioni⁵⁴⁵, a índole do comércio é eminentemente transformadora e inovadora, ou seja, está sempre acompanhando as mudanças técnicas, econômicas, mercadológicas, jurídicas e tecnológicas existentes nas diversas sociedades, pois, o mercado é um fenômeno universal, assim, ele não conhece limites ou fronteiras territoriais, um mesmo empresário pode ter filiais e comercializar com diversos países.

Contrapartida, o Direito Civil comporta e é regido por um caráter conservador, de modo que a sua finalidade é sedimentar, estruturar e tornar contínua as relações havidas entre as pessoas físicas, pois busca organizar a vida em sociedade, o modo como as pessoas estão devidamente registradas e são reconhecidas, como e onde seus bens estão escriturados e regulados, além de cuidar das relações familiares, testamentárias e hereditárias.⁵⁴⁶

O Direito Civil cuida exclusivamente das relações familiares, das relações privadas esporádicas que se protraem no tempo e no espaço, de modo que muitas vezes é mantido sob a posse e propriedade de quem o adquiriu, cujo repasse só virá a ocorrer em caso de morte, por herança, ou de doação. Portanto, os atos civis que encontram anseios na legislação privada são restritos e dispersos, não se tornam algo comum ou corriqueiro, dessa forma, se mostra necessário que esses atos sejam formalistas, devidamente documentados e resguardados em virtude da necessária manutenção e garantia de direitos em longo prazo, contrapartida, as práticas realizadas no comércio são fatos completamente dispares e diversos, ou seja, demandam uma sistemática menos burocrática e mais dinâmica (céleres e simplificadas, sem excessivo formalismo).⁵⁴⁷

Nada há que valide a extensão das particularidades comerciais para o âmbito do Direito Civil, aquele é um direito que demanda maior celeridade, mais rapidez, retirada de excessos e desburocratização; ao contrário do civil que demanda maior formalismo em virtude do seu uso para consumo próprio, do seu uso para construção de patrimônios e impérios de bens móveis ou imóveis, enquanto o

⁵⁴⁵ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁵⁴⁶ COELHO, op. cit., 2016.

⁵⁴⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

comerciante busca o banco no intuito de investir em sua atividade empresária, e lucrar, a pessoa comum busca o empréstimo para pagar o carro zero ou a casa própria.⁵⁴⁸

Ademais, segundo Fábio Ulhoa Coelho⁵⁴⁹, enquanto o Direito Comercial demanda um caráter informal, pois cuida dos atos da vida em massa e tem como finalidade o lucro, portanto, é presumidamente oneroso o direito civil possui uma natureza totalmente formalística e burocrática, pois cuida de atos realizados em momentos isolados por um longo espaço temporal, além de nem sempre comportar ou ser revestido da qualidade onerosa, portanto, incapaz de comportar ou aglutinar as questões comerciais.

A lei civil é certamente mais insuficiente e mais incompleta, com relação à matéria comercial, do que é com relação à matéria propriamente civil, e isto por uma dupla razão: primeiramente, por não conter uma regulamentação adequada das relações comerciais; e, em segundo lugar, ainda porque representa sem dúvida para a matéria comercial, em virtude do mais rápido evoluir da vida do comércio, uma legislação completamente mais vetusta.⁵⁵⁰

Claramente se reforça o nascedouro e critérios sólidos das bases concretas da autonomia do Direito Comercial enquanto ramo do Direito Privado independente do Direito Civil, devendo ser deste extirpado. Pois, concatenado com cada uma dessas condições específicas é que a unificação parcial da legislação do direito comercial pelo civil gerou prejuízos e conseqüente retrocesso em diversos âmbitos de incidência, fato a ser abordado, na sequência, em suas minúcias.⁵⁵¹

3.2 O RETROCESSO DO DIREITO COMERCIAL

O retrocesso aludido no correr do presente capítulo serve justamente para mostrar os pontos primordiais do direito comercial sob os quais recaem, sobremaneira, os prejuízos advindos dessa unificação parcial da legislação dos dois ramos do Direito Privado.

⁵⁴⁸ ROCCO, op. cit.

⁵⁴⁹ COELHO, op. cit., 2016.

⁵⁵⁰ ROCCO, op. cit., 1931, p. 157.

⁵⁵¹ ARNOLDI, op. cit., 1998.

Nesse sentido, é insipiente o tratamento específico e contundente de algumas das searas e pontos afetados, tais como, o esvaziamento das fontes, o desbotamento dos princípios, os problemas com a jurisprudência, o refreamento do seu estudo enquanto ciência e a insegurança para os investidores.

3.2.1 O esvaziamento das fontes do direito comercial

Toda norma, princípio, base e legislação de qualquer ramo do Direito é regulado e estruturado em razão das suas fontes e seu desenvolvimento social enquanto ciência, ou seja, são aqueles fatos e fundamentos utilizados para comprovar a existência e o nascimento daquelas ideias e estruturas legais e positivadas dentro da estrutura jurídica nacional.⁵⁵²

O Brasil utiliza o parâmetro normativo ocidental para criar e desenvolver o seu próprio sistema comercial, por isso a efetiva história do Direito Comercial em âmbito nacional é parca e efetivamente herdada, de modo que poucas mudanças foram realizadas no âmbito histórico, contrapartida, no aspecto prático, algumas mudanças bastante estruturais tiveram presença.⁵⁵³

No tocante às fontes, pode-se apontar que grande parte das teorias adotadas em âmbito nacional foram extraídas ante o estudo e a interpretação das doutrinas e legislações europeias, principalmente aquelas adotadas pelo comércio Italiano e Francês, as duas fontes de maior significado e importância para o Direito Comercial.⁵⁵⁴

Ademais, algumas questões práticas na sociedade brasileira foram adaptadas com o advento do tempo, uma vez que o comércio interno passou a exigir suas próprias mudanças e alterações, sendo possível citar, principalmente quanto aos títulos de crédito, a vigência da duplicata, criada enquanto documento parcamente utilizado pelos comerciantes atacadistas, conquanto os outros institutos se adaptavam ao andrajar da atividade comercial.⁵⁵⁵

⁵⁵² FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁵⁵³ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁵⁵⁴ ROCCO, op. cit.

⁵⁵⁵ FORGIONI, op. cit., 2009.

Referidas individualidades e especificidades de adaptação em âmbito nacional e internacional ocorrem em função da compreensão histórica dos fundamentos e no estudo da ciência do Direito Comercial, pois foi com base nela que houve a possibilidade de estipular e determinar a efetiva construção das suas fontes primárias e secundárias.⁵⁵⁶

São exatamente essas fontes, ou seja, os acontecimentos, fatos, práticas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais que formam o aparato e constroem a autonomia de cada ramo do Direito. Elas são primordiais para que se compreenda a aplicabilidade de determinada norma, se interprete determinado princípio e possa haver um posicionamento com base em determinada prática (uso e costume) comercial.⁵⁵⁷

Todos esses fatores foram apontados de modo minucioso ao final do segundo capítulo da presente tese, quando se comprovou e demonstrou a existência da autonomia do Direito Comercial, itens consentâneos no desencadear da sua austeridade enquanto ramo autônomo com norma e institutos próprios.

Ocorre, hodiernamente, que o Direito Comercial vem sendo danificado em sua autonomia, outrora austera e soberana, fato sobrevindo após a unificação parcial da legislação dos dois ramos do Direito Privado, momento em que boa parte da matéria comercial foi acoplada no Código civil, em 2002. Ademais, referido fato acaba, diametralmente, afetando e esvaziando as fontes próprias do Direito Comercial.⁵⁵⁸

Isso acontece, pois, o abandono ao Código Comercial, ainda de 1850, depõe em favor da ascensão e supremacia do Direito Civil, construindo a impressão de este ser um ramo autônomo ao qual se subordina e é dependente o Direito Comercial, enquanto tal apontamento é inexistente na ordem jurídica positivada brasileira e pelo mundo afora.⁵⁵⁹

Esse esvaziamento é efetivo quando se observa a fonte primária deste ramo autônomo do Direito, pois ainda que os diversos sub ramos o Direito Comercial tenham normas próprias, elas se encontram dispersas e jogadas no ordenamento jurídico, não são governados ou cuidadas, norteadas, por um Código primário e geral

⁵⁵⁶ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁵⁵⁷ MARTINS, op. cit.

⁵⁵⁸ COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁵⁹ FERREIRA, op. cit., 1954.

(um centro vital) que aponte as minúcias e determinações necessárias ao desenvolvimento da atividade econômica.⁵⁶⁰

Inexiste uma fonte primária, contundente e com capacidade, para controlar e cuidar do ordenamento comercial, de modo que o uso das suas fontes como base para a interpretação ou pesquisa acaba esvaziado, como se cobertos por um véu de inexistência.⁵⁶¹

Conseqüentemente não há de se falar de forma sólida em mercado ou busca pelo lucro frente ao desenvolvimento do Direito Civil, dessa forma, a unificação parcial das legislações prejudica o andamento das atividades empresariais, pois essa não está intimamente ligada ou aglutinada com os anseios, preocupações e discussões voltadas ao cunho conservadorista.⁵⁶²

Ademais, o abraçamento de parte dos institutos comerciais pelo Código Civil trouxe a ideia de que não se mostra necessária a vigência de normas específicas e próprias para o andar do Direito Comercial, pois qualquer pessoa poderia fazer uso daqueles mecanismos, portanto, devem estar regulados pelo Direito Civil.⁵⁶³

Desde então, o Direito Comercial vem sendo enfraquecido em suas raízes e frutificações, pois ele tem sido associado e unificado às doutrinas e posicionamentos conservadores das fontes do Direito Civil, enquanto suas próprias fontes tem sido abandonadas à própria sorte, ocasionado na falta de evolução, mudança e alterações necessárias da legislação tendo como parâmetro a demanda da própria atividade empresarial.⁵⁶⁴

Por essa razão, o descaso e falta de organicidade das normas fomenta o descarrilhar e a ausência de controle efetivo das normas e dos sub ramos. Chegando ao ponto onde não se sabe mais o que é um sub ramo do Direito Comercial e o que goza de autonomia própria, uma vez que as normas gerais das obrigações foram aglutinadas no Código Civil.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁵⁶¹ COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁶² MALCHER FILHO, op. cit.

⁵⁶³ COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁶⁴ Ibid.

⁵⁶⁵ ARNOLDI, op. cit., 1989

Ademais, é importante ressaltar um fator de precípua importância ao comércio, ainda que ele tenha sido abandonado pela legislação nunca deixou de ser posto em prática: os usos e costumes.⁵⁶⁶

Continuamente os costumes sempre foram o meio e o modo de atuação do comerciante, atual empresário, no mercado quando este trata e se relaciona com outros empresários. Como bem apontado por Paula A. Forgioni⁵⁶⁷ apesar do Estado determinar as normas do Direito Comercial, ele se desenvolve pelos usos e costumes reiteradamente praticados pelos empresários dentro do mercado ao qual estão devidamente integrados.

Referida fonte torna a relação comercial dinâmica, rápida e prática, com capacidade para responder adequadamente às demandas contínuas e mutáveis do mercado comercial. Portanto, “esses esquemas – que normalmente atuam em *prol* do tráfico – espraiam-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas”.⁵⁶⁸

É, por conta dos usos e costumes utilizados pelos empresários que muitas das práticas do Direito Comercial ganharam e ganham uma força cogente, mesmo sem a existência de nenhuma determinação legal. Tomemos como exemplo o instituto jurídico do cheque pré-datado, que não conhece previsão legal para essa modalidade, mas já foi validado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça por meio de súmula.⁵⁶⁹

Ainda sobre esse problema para as fontes do Direito Comercial, há dois institutos voltados às matérias empresariais que acabaram sendo afetados pela sua interpretação que segue se baseando nos ditames das fontes próprias do Direito Civil em desrespeito às peculiaridades das relações empresariais, são eles, a outorga uxória do cônjuge para o desfazimento dos bens do empresário e a questão das sociedades constituídas por cônjuges.

Acerca da outorga uxória, é preciso compreender que ao tratar sobre essa possibilidade é preciso fazer uma separação quando a atividade empresária é

⁵⁶⁶ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁵⁶⁷ Ibid.

⁵⁶⁸ Ibid, p.237.

⁵⁶⁹ Por meio do reiterado julgamento acerca da matéria o STJ promulgou a súmula nº 370. Em sua matéria a súmula defende a validade, boa-fé e confiança havida na pactuação formulada entre as partes, determinando que “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”.

exercida por empresário individual ou sociedade empresária e empresa individual de responsabilidade limitada. Nesse sentido, considerando as questões empresariais seria de se esperar que, em atenção ao artigo 978 do Código Civil⁵⁷⁰, qualquer empresário poderá vender os bens da atividade empresária independente da outorga do cônjuge, uma vez que os bens vendidos são aqueles utilizados no desenvolvimento da atividade. Por sua vez, para as sociedades e para a EIRELI fica fácil verificar quais bens são da pessoa jurídica e quais são bens dos sócios ou titular.⁵⁷¹

Por essa razão, em observância e separação na interpretação das normas, se o bem é pessoal será aplicado as fontes próprias do Direito Civil que trata sobre regimes de casamento e partilha, enquanto os bens da pessoa jurídica empresária devem ser regidos pelas fontes próprias do Direito Comercial, sem ser possível a interferência do cônjuge de qualquer dos sócios ante a venda ou disposição de qualquer bem da sociedade.⁵⁷²

Contudo, quando se passa à análise do empresário individual surge um problema, pois, ao exercer a atividade empresária a existência do seu cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ) tem fins apenas tributários, portanto, não há uma efetiva separação entre pessoa física e jurídica. Os patrimônios pertencem a uma única pessoa, confundindo-os. Logo, o que deveria ser realizado?

De partida, ressalta-se que a identificação e interpretação do que são bens pessoais e do que são bens particulares não poderá ser feita apenas considerando a inexistência de uma personificação da pessoa jurídica para o empresário individual. Caberá ao interprete buscar outras formas (suprir a lacuna) de identificar qual a real utilidade daquele bem, conseguindo fazer uma separação entre os bens da pessoa e os bens usados no exercício da empresa.

Assim, suponha se que um empresário individual que trabalha com confecções deseja vender o imóvel da fábrica (utilizado na sua atividade) com a finalidade de investir em um espaço maior. Logo, seria o caso de se analisar qual a destinação e finalidade do bem, pois se a coisa que será vendida é utilizada na atividade do empresário individual ele não dependerá de outorga uxória para a venda

⁵⁷⁰ Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real (BRASIL, 2002).

⁵⁷¹ COELHO, op. cit., 2015.

⁵⁷² Ibid.

ser válida, por outro lado, se o bem for particular deve-se exigir a outorga e primar pela aplicação das normas civis.

No caso apresentado, que tem em consideração a venda de um imóvel onde se instalou uma fábrica é indiscutível o fato do bem ser usado para o exercício da atividade, portanto, não há de se falar em necessidade de outorga do cônjuge, uma vez que se trata da venda de bens utilizados na atividade empresarial.

Entretanto, no momento atual do Direito Comercial é exatamente essa dificuldade em separar os patrimônios empresariais dos particulares que tem trazido grandes problemas à maioria dos empresários individuais que tem suas vendas ou transferência de bens negadas sob a alegação de que inexistente outorga uxória para validar o ato, ou seja, ações que vão na contramão das fontes próprias do Direito Comercial, prestigiando apenas as fontes do Direito Civil.⁵⁷³

Pois, ao negar a venda do bem do empresário, referida ação está indo na contramão das condições e percepções das fontes comerciais e do próprio artigo 978 do Código Civil que permite a referida venda. Tal ação está prestigiando unicamente a relação patrimonial dos cônjuges, institutos próprios do Direito Civil, que não devem, nem deveriam se confundir com o Direito Comercial.⁵⁷⁴

Inclusive sobre a temática foi aprovado enunciado do Conselho da Justiça Federal de n. 58 que:

O empresário individual casado é o destinatário da norma do art. 978 do CCB e não depende da outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real o imóvel utilizado no exercício da empresa, **desde que exista prévia averbação de autorização conjugal à conferência do imóvel ao patrimônio empresarial no cartório de registro de imóveis, com a consequente averbação do ato à margem de sua inscrição no registro público de empresas mercantis. (grifo nosso)**

O enunciado corrobora com a percepção civilista abordada acima, uma vez que ao tentar solucionar a questão da venda de bens do empresário individual sem a

⁵⁷³ COELHO, op. cit., 2016.

⁵⁷⁴ Importante ressaltar que alguns artigos jurídicos ainda abordam a existência da antinomia entre o artigo 978 e o 1.647 ambos do Código Civil. Contudo, observe-se que tais artigos não deveriam se confundir, pois o primeiro trata de questões próprias do Direito Comercial, ou seja, a empresa, enquanto o segundo trata das questões próprias relacionadas ao Direito Civil, quais sejam, o casamento e bens pessoais. Tais discrepâncias apenas comprovam sobremaneira a importância e necessidade de segregação desses dois ramos dispares do Direito Privado.

outorga conjugal, como determina regra específica do direito comercial, criou a necessidade de previa averbação de autorização conjugal à conferência do imóvel ao patrimônio empresarial no cartório de registro de imóveis com a averbação no registro público de empresas mercantis, ou seja, no final, exigiu se, da mesma forma e contrariamente aos ditames empresariais, a outorga conjugal para o empresário individual, ainda que seja em momento anterior.

Tal condição envolvendo o empresário individual e os cônjuges encerra outros pontos problemáticos frente a prestação de aval. O Superior Tribunal de Justiça, em suas reiteradas jurisprudências não observa se um dos cônjuges exerce ou não empresa e se foi essa condição que ocasionou a apresentação do aval, ao contrário, ele interpreta apenas em conformidade com as fontes do Direito Civil. Tanto que em no julgamento do REsp nº 1.163.074 - PB (2009/0210157-8) ressalta que “a exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de [...] previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento [...]”.⁵⁷⁵

Noutro ponto, temos a contração de sociedades entre os cônjuges. Ocorre que, no passado, quando o Sistema Jurídico Brasileiro tinha um Código Comercial e um Código Civil era possível aos cônjuges contratar sociedade entre si independente do regime de casamento, realidade que foi alterada no artigo 977⁵⁷⁶ do Código Civil

⁵⁷⁵ Outros julgados no mesmo sentido: AgInt no AREsp 928.412/PR; AgInt no AREsp 928.412/PR; AgRg no REsp 1109667/PB, EDcl no REsp 1472896/SP. Apesar desses pontos o próprio STJ acaba por ter decisões conflitantes quando se tratar de títulos de crédito nominados ou inominados, pois, no julgamento do REsp 1633399/SP o Relator Ministro Luis Felipe Salomão defendeu a importância dos títulos de crédito, todavia, ao tratar sobre a discussão envolvendo a posição do aval declara que “para logo e por lealdade intelectual, observo que, na mesma linha da tese recursal, consoante alguns julgados do STJ, sobretudo em sede de agravo interno, mesmo em se tratando de títulos de crédito nominados, o aval prestado sem a outorga do cônjuge vem sendo considerado inválido”(STJ, 2015), logo, essa contradição que ocorre pelo esvaziamento das fontes do Direito Comercial é uma demonstração de como o confronto entre as fontes comerciais e civis desencadeiam assimetria e ocasionam insegurança.

⁵⁷⁶ Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória (BRASIL, 2002).

de 2002, impedindo que os cônjuges casados no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória contraíam sociedade entre si.⁵⁷⁷

Novamente, a unificação das obrigações desses dois ramos dispares do Direito Privado trouxe um impedimento e uma represália que leva em consideração apenas as fontes próprias do Direito Civil, sem considerar os fatores e questões próprias e imanente do Direito Comercial, pois, “a norma não se escora numa *unipessoalidade* conjugal, pois os cônjuges se mantêm pessoas distintas. Também não se justifica numa *unidade* patrimonial; há uma comunicação entre os patrimônios dos cônjuges, mas tais patrimônios mantêm-se distintos, cada qual ligado à respectiva pessoa”.⁵⁷⁸

Logo, percebe-se que ao tratar as normas comerciais no interior do Código Civil elas acabam seguindo as fontes civilistas que fundamentam a sua existência tendo como base a proteção das relações familiares e patrimônios, não as relações empresariais, o intuito do lucro.⁵⁷⁹

[...] antes do advento do referido ato normativo a própria doutrina e a jurisprudência, de forma dominante, entendiam pela possibilidade de os cônjuges constituírem sociedade limitada entre si ou com terceiros, independentemente do regime matrimonial de bens, até porque o artigo 3º da Lei nº 4.121/1962 (“Estatuto da Mulher Casada”), de forma clara, distinguia o patrimônio de cada cônjuge, ainda que o regime fosse o da comunhão universal, tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência dominantes na época não vislumbravam restrição alguma a contratação de sociedade comercial [...]⁵⁸⁰

Tal conduta se mostrou tão prejudicial às sociedades existentes à época da reforma e após a vigência do Código Civil de 2002 que o Conselho Nacional de Justiça precisou promulgar o enunciado nº 204 e determinar que “a proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002”.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ MAMEDE, op. cit., 2013.

⁵⁷⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**, volume 2. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵⁷⁹ COELHO, op. cit., 2016.

⁵⁸⁰ OLIVERIA, Marcos Paulo Santos de. Sociedade entre cônjuges. **Jus.com.br**, 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/28929/sociedade-entre-conjuges>> Acesso em 11 dez 2019.

⁵⁸¹ FEDERAL, Conselho de Justiça. **III Jornada de Direito Civil – Enunciado n. 204**. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/393>> Acesso em 11 dez 2019.

Desse modo, é imprescindível o retorno ao estudo e reestruturação da força dessa incessante fonte de vida para o Direito Comercial, concepção apenas possível por parte do comercialista que está continuamente atento ao desenrolar desta doutrina, pois, frente o Direito Civil e o Direito do Consumidor, há outras fontes, ou seja, aquelas que lhe são próprias e distintas da figura e da relação entre os empresário.⁵⁸²

Contudo, as fontes próprias ao Direito Comercial estão sendo abandonadas e rechaçadas em primazia da ordem estrutural do Direito Civil, pois ao serem enquadradas em seu interior, podem continuar sendo parte de um ramo autônomo do Direito, contudo, de um ramo cuja sua força está sendo colocada em xeque, pois suas fontes estão sendo abandonadas, gerando, assim, um esvaziamento.⁵⁸³

Desse modo, o Direito Comercial, possui suas próprias regras, normas, princípios, práticas, usos e costumes e jurisprudência, sendo formado pela conjunção das diversas espécies de autonomia, não se subordinando ao Direito Civil, nem se confundindo com o Direito do Consumidor. Ele concentra e deve ser mantido com suas próprias fontes enquanto um ramo totalmente autônomo daquela fomentadora e elucidativa das concepções e tratativas cíveis e consumeristas.⁵⁸⁴

Sendo imprescindível a vigência de uma nova codificação com estrutura bastante adequada para reavivar essa sua fugacidade e austeridade.

3.2.2 O desbotamento dos princípios comerciais

A aplicabilidade e a estruturação da sistemática dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro é um fato novo cuja vigência adveio em confluência com o advento da Constituição Federal de 1988, de modo que o instituto dos princípios não é algo inovador ou apenas existente no presente, sua vida é pretérita, o que se tornou inovador e ganhou ares de imperatividade foi a sua fluência nos ordenamentos

⁵⁸² COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

pátrios, de modo que a importância dos princípios é denominada por alguns doutrinadores como uma mudança de paradigma.⁵⁸⁵

Isso se deve ao fato de os princípios terem ocasionado uma revolução no modo de aplicação, compreensão e interpretação das normas jurídicas estruturadas frente ao sistema do positivismo jurídico e da hierarquia das normas, pois eles não teriam ingresso nessa “ordem estrutural”, conquanto não sejam normas impostas através de um procedimento legislativo.⁵⁸⁶

Ao contrário os princípios existem como condição imperativa reguladora da ordem, finalidade esta afeita às normas, funcionam e se mostram como o fundamento, norte e base para a criação e interpretação da norma, além de suplantar as lacunas deixadas pelo positivismo legal.

Como bem ressalta Fábio Ulhoa Coelho⁵⁸⁷:

Há um século, os princípios eram vistos como algo externo ao direito positivo e tinha a função de derradeiro recurso para preencher lacunas legais. Atualmente, são considerados espécies de norma jurídica (portanto, algo que pertence ao direito positivo, ainda que de modo implícito) e com várias funções, além da colmatação de lacunas. Os princípios, assim, orientam a interpretação das normas (normas não principiológicas) e as justificam, cumprindo papel central na argumentação jurídica do nosso tempo.

Dessa forma, o legislador cria e permite a vigência de determinada legislação no ordenamento jurídico e ao desenvolver essa norma tem como fundamento norteador determinados princípios ou preceitos maximizadores de onde se extraí o substrato utilizado para a composição e criação da norma, logo, cabe aos princípios servir como complemento, enquanto aditivo, para a melhor e mais correta aplicação legislativa.⁵⁸⁸

Nesse esteio, como bem aponta Robert Alexy⁵⁸⁹, os princípios servem ao aplicador da norma jurídica enquanto “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”, pois permitem uma maior maximização das opções

⁵⁸⁵ BOBBIO, op. cit., 1995.

⁵⁸⁶ ALEXY, op. cit.

⁵⁸⁷ COELHO, op. cit., 2012, p.64.

⁵⁸⁸ Ibid.

⁵⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.116.

e interpretações, demandando, ademais, a sua análise e incidência frente a máxima da proporcionalidade⁵⁹⁰, ao confrontar a legislação com o caso concreto e as opções fáticas apresentadas frente a imposição normativa.

Frente sua importância e inseridos no positivismo jurídico, os princípios passam a envolver força normativa e aglutinam em si próprios a incidência da hierarquia, de modo que cada norma concatena a capacidade de reger seus princípios imanentes, os quais padecem obediência à ordem hierarquicamente superior, caso contrário vão ser determinados como ilegais, por exemplo, uma norma infralegal não poderá ser estruturada por princípios que estão em confronto direto com os princípios constitucionais.⁵⁹¹

Diametralmente, as doutrinas dos diversos ramos do Direito se empenham em estruturar e desenvolver seus próprios princípios frente o intuito de maximizar a sua aplicabilidade e incidência, além de estar na constante busca pela motivação de sua validade⁵⁹². Ao Direito Comercial tal apontamento não foi diverso, pois, como bem aponta Fábio Ulhoa Coelho⁵⁹³ o comércio é formado por uma vasta gama de princípios.

Ainda segundo referido autor, são princípios próprios e bastante minuciosos, desse modo, comportam o fundamento existencial em razão de estarem devidamente positivados em determinado diploma legislativo, sendo, portanto, explícitos, pois encontrados frente a simples leitura e observação ou implícitos, ou seja, são aqueles extraídos pela interpretação e em razão da ideia inserida em determinada norma geral ou específica.

Assim, de modo contumaz, podemos citar, como exemplos, o princípio da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência, o princípio da função social da empresa, o princípio da liberdade de associação, o princípio da preservação da empresa, o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, o

⁵⁹⁰ Para Robert Alexy (2015) os princípios funcionam enquanto mandamentos de otimização para a aplicação de determinada legislação, contudo, para tanto, o aplicador deverá realizar a análise das inúmeras possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, aplicará a norma com base no princípio da proporcionalidade, este, por sua vez, demanda a incidência de outras três máximas de importância impar: (i) a máxima da necessidade, (ii) a máxima da adequação e (iii) a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

⁵⁹¹ ALEXY, op. cit.

⁵⁹² Ibid.

⁵⁹³ COELHO, op. cit., 2012.

princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, princípio majoritário das deliberações sociais, princípio da proteção do sócio minoritário, princípio da autonomia da vontade, princípio da vinculação dos contratantes ao contrato, princípio da proteção do contratante mais fraco, princípio da eficácia dos usos e costumes, os princípios próprios do direito cambiário, o princípio da inerência do risco, o princípio do impacto social da crise da empresa, o princípio da transparência nos processos falimentares e o princípio do tratamento paritário dos credores.⁵⁹⁴

Como bem apontado o Direito Comercial possui inúmeros princípios que cuidam da regulação e estruturação dos seus pontos gerais e específicos, dessa forma, até mesmo os seus próprios sub-ramos possuem bases e finalidades minuciosas donde se merece extrair o modo e meio de aplicabilidade da sua norma, princípios em total disparidade com aqueles outrora condensados no Código civil.⁵⁹⁵

A partir do advento da segunda metade do século XIX tem ganhado campo e força a incidência dos princípios, entretanto, no campo do direito comercial essa inovação foi “abandonada” pela maioria da doutrina em beneplácito dos princípios civilistas.⁵⁹⁶

Frente este fato, os princípios próprios determinantes para o direito comercial, vem continuamente sendo abandonados pelas concepções positivas e principiológicas da legislação civil, principalmente com o advento da unificação parcial da legislação desses dois ramos do Direito Privado. Apontamento que afetou sobremaneira a vigência, interpretação e aplicabilidade dos princípios próprios do Direito Comercial.⁵⁹⁷

A vigência estrutural do Direito Privado, no atual sistema positivista brasileiro permitiu a sucção de parte da matéria do Direito Comercial pelo Civil, pois, ainda que este se mantenha como autônomo sofre deturpações, à medida que o Código Civil encerra princípios diferentes e disformes daqueles emanados pelas normas e atividades próprias do comércio.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁹⁶ VIVANTE, op. cit., 1996.

⁵⁹⁷ COELHO, op. cit., 2012.

⁵⁹⁸ NORONHA, op. cit.

O Direito Comercial quando parcialmente inserido no corpo sistemático-positivo do Direito Civil se mostra como sujeito às estruturas e bases principiológicas do centro vital daquele ramo do Direito Privado, ou seja, a doutrina, os aplicadores do direito, os estudiosos e os próprios advogados concatenam suas ideias e defesas utilizando os princípios civis e não aqueles continuamente ventilados em virtude das características e minúcias do Direito Comercial.⁵⁹⁹

Tal fato se mostra concreto e nosso momento atual, principalmente frente uma análise a jurisprudência exposta pelos Tribunais brasileiros. Nos julgamentos, um dos princípios que mais se tem desrespeitado no cenário empresarial é o da autonomia patrimonial, ou seja, é aquele princípio cuja finalidade e função é diferenciar a pessoa jurídica da figura de seus sócios ou titular, com direitos, deveres e patrimônios distintos. Em regra, as dívidas da pessoa jurídica não se confundem com a de seus sócios ou titular.⁶⁰⁰

Qualquer atuação empresarial parte da premissa de que a empresa desenvolvida e estruturada terá uma vida totalmente diversa da dos seus sócios sem que os patrimônios de um venham a ser afetados por atos praticados pelo outro, primando para a pessoa jurídica pela titularidade patrimonial obrigacional, pela titularidade processual e pela sua própria responsabilidade patrimonial. Como bem deve ser e se espera de todo e qualquer mercado.⁶⁰¹

Assim, em conformidade com o ensinamento de Gladston Mamede⁶⁰², no cenário brasileiro a criação e vigência do instituto da empresa trouxe boa vida à atividade comercial e ao mercado, principalmente com a existência e garantia do princípio da autonomia patrimonial e da possibilidade de exercer a empresa tendo a sua responsabilidade limitada ao capital social, ponto primordial, pois o empresário tem condições de saber, entender e prever todas as perdas possíveis.

Todavia, pautado no intuito de evitar o uso da pessoa jurídica para fins diversos acabou se desenvolvendo o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Neste, haverá uma supressão temporária do princípio da autonomia patrimonial para desconsiderar “a personalidade da pessoa jurídica da companhia” e

⁵⁹⁹ MALCHER FILHO, op. cit.

⁶⁰⁰ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁰¹ MARTINS, op. cit.

⁶⁰² MAMEDE, op. cit., 2013.

identificar o “ato daquele ou daqueles que, usando daquela personalidade de forma ilícita ou fraudatória, determinaram o prejuízo”.⁶⁰³

Forte nessa crença, o legislador inseriu este instituto no artigo 50 do Código Civil e restou denominado de Teoria Maior, de modo que sua aplicação teria vez apenas e somente em caso excepcionais, sendo regra a proteção da autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios ou titular. Contudo, não tardou para que referido instituto fosse deturpado em sua finalidade pelas searas do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental.⁶⁰⁴

Cada um desses institutos criou hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica e o tornaram a regra geral de aplicação, mesmo sendo determinados como a Teoria Menor pela doutrina⁶⁰⁵. Ocorre que, além dos magistrados, os próprios Tribunais Superiores têm corroborado essa ideia e ventilado inúmeras decisões que rompem com a personalidade jurídica em total desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial, tratando a empresa como se ela fosse o “pote de ouro” no fim do arco-íris.

Dentre as decisões do próprio Superior Tribunal do Trabalho podemos fazer referências às seguintes decisões que concedem a personalidade jurídica e destroçam o princípio da autonomia patrimonial pelo simples argumento da empresa não ter bens para saldar as dívidas: Ag-AIRR - 163600-09.2005.5.02.0014; Ag-AIRR - 27140-92.2005.5.03.0141; RR - 122300-71.2006.5.15.0143; AIRR-1879-47.2015.5.12.0005; RR - 1180-40.2015.5.09.0005; AIRR - 162-85.2013.5.02.0251; AIRR - 1606-13.2014.5.07.0015; AIRR - 1374-71.2014.5.07.0024; Ag-RR - 18400-68.1992.5.01.0041; RO - 10084-23.2014.5.01.0000.

Na seara consumerista também segue sendo aplicado a teoria menor que foi criada no §5º, do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, ponto que vem sendo validado até mesmo pelo próprio Superior Tribunal de Justiça⁶⁰⁶ em total

⁶⁰³ MAMEDE, op. cit., 2013, p.234.

⁶⁰⁴ FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁶⁰⁵ Definição que é utilizada por pensadores e pesquisadores como Waldo Fazzio (2015), Fábio Ulhoa Coelho (2016), Gladston Mamede (2013), Paula Forgioni (2009) e Fran Martins (2017).

⁶⁰⁶ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp. nº279.273/SP, **Relator Ministro Ari Pargendler**. Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andrighi. **DJe** 29/3/2004. **STJ, 2011. Disponível em** <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201400592848.REG>> Acesso em 10 dez 2019.

despropósito e degradação da própria autonomia patrimonial ou cumprimento dos fatores elencados pela Teoria Maior:

RESCISÃO. CONTRATO. DESCONSIDERAÇÃO. PERSONALIDADE JURÍDICA. Na hipótese dos autos, a controvérsia diz respeito à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de empresa, a fim de alcançar o patrimônio de seus sócios, ora recorridos. *In casu*, foi proposta, na origem, pelas ora recorrentes ação ordinária de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel firmado entre as partes, bem como de restituição do sinal e das parcelas pagas, diante da paralisação e abandono das obras por parte da construtora, requerendo, para tanto, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (construtora). O juízo singular determinou a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28 do CDC) em decorrência da aparente inatividade da construtora, como também da má administração promovida por seus sócios, comprovada pela paralisação das obras do edifício. O tribunal *a quo* entendeu haver impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso, restabelecendo a sentença de primeira instância, por entender que, numa relação de consumo, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, por meio da *disregard doctrine*, a partir da caracterização da configuração de prejuízo de difícil e incerta reparação em decorrência da insolvência da sociedade (art. 28, § 5º, do CDC). Na espécie, é nítida a dificuldade na reparação do prejuízo das ora recorrentes na medida em que, segundo as instâncias ordinárias, embora tenha sido estipulada a data de 28/2/1999 para a entrega do imóvel e elas tenham quitado o valor inicial do contrato e mais 30 parcelas, as obras foram indevidamente paralisadas praticamente desde seu início, como também há fortes indícios de que a sociedade se dissolveu de forma irregular, não sendo, inclusive, localizados todos os seus sócios, tornando-se necessário que a maioria deles fosse representada por curador especial. Dessa forma, concluiu-se que houve a caracterização da inatividade da pessoa jurídica decorrente, quando menos, de má administração em detrimento dos consumidores, circunstância apta, *de per sí*, a ensejar a aplicação da *disregard doctrine*. REsp 737.000-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 1º/9/2011.

Esse pronunciamento e ações totalmente contrárias aos fundamentos e motivos pelos quais a empresa existe e possui espécies diversas de responsabilidade, além de ser totalmente diversa da pessoa de seus sócios ou titulares, ocasiona um sério desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial que tem sido violado de modo despudorado e, o mais drástico, com respaldo legal totalmente à parte do Direito Comercial.⁶⁰⁷

O princípio máximo de proteção aos investidores é o da autonomia patrimonial, pois é ele quem garante o limite dos bens (móveis ou imóveis) a serem perdidos em caso de insucesso da atividade empresária. Por essa condição, temos na sua primazia, importância e condição um peso ímpar que faz dele um princípio

⁶⁰⁷ COELHO, op. cit., 2012.

“importantíssimo para que o direito discipline de forma adequada a exploração da atividade econômica”.⁶⁰⁸

O modo e aplicação dos princípios do Direito Comercial precisam ser reconstruídos, eles carecem de uma reestruturação que consiga trazê-los para a esfera e aplicação das suas normas de modo adequado, sem permitir esses embaraços que acabam por prejudicar todo o mercado empresarial, não somente o desenvolvimento e funcionamento da empresa.⁶⁰⁹

Firme nesse posicionamento, manter o Direito Comercial sem o respaldo de seus princípios próprios é como intumescer o seu desenvolvimento e continuidade em detrimento dos avanços tecnológicos das atividades econômicas, esse fato o prejudica enquanto os outros ramos do Direito possuem o foco nessas disposições.⁶¹⁰

É imperioso manter a primazia e esteio de uma completa argumentação concatenada em bases principiológicas, portanto, “o direito comercial não pode procurar assentar-se em racionalidade distinta, entendida como anacrônica, que deixe de contextualizar cada regra em argumentos mais amplos, fundados em preceitos principiológicos”.⁶¹¹

Esse abandono aos princípios próprios do Direito Comercial foi o apontamento que trouxe maior dificuldade e sobrevida para o desenvolvimento das atividades econômicas, além de romper com os valores e as características do comércio, pois acabaram truncadas e estritamente burocratizadas, em razão dos ideais conservadores civilistas, afinal, o comércio passou a ser interpretado em conformidade com concepções totalmente díspares e fora da sua finalidade.⁶¹²

Não sem motivo, no próprio cenário brasileiro essa visão foi aglutinada com tamanha proporção, preocupação e intuito na aplicabilidade que no Senado Federal tramita o Projeto de Lei nº487, de 2013, cuja autoria é do Senador Renan Calheiros. Referido projeto busca a reforma do Código Comercial, de tal forma que logo após o

⁶⁰⁸ COELHO, op. cit., 2015.

⁶⁰⁹ COELHO, op. cit., 2016.

⁶¹⁰ WAISBERG, op. cit., 2011.

⁶¹¹ NORONHA, op. cit., p.33.

⁶¹² Ibid.

seu primeiro capítulo, somos agraciados com a parte “dos princípios do direito comercial”.⁶¹³

A segunda parte, tem início no artigo 5º e trata sobre os princípios comuns a todos os ramos do Direito Comercial, para em sequência esmiuçá-los em: “princípios aplicáveis às sociedades”, dentre eles podemos destacar o da proteção do investidor, da preservação da empresa economicamente viável, da autonomia patrimonial, dentre outro; “princípios aplicáveis aos contratos empresariais”, dentre os quais se pode ressaltar os princípios da autonomia da vontade, da vinculação dos contratantes ao contrato, do reconhecimento dos usos e costumes, dentre outros; “princípios aplicáveis aos títulos de crédito”, nos quais se pode destacar o da literalidade, da autonomia das obrigações cambiais e da inoponibilidade das exceções pessoas aos terceiros de boa-fé; “princípios aplicáveis ao agronegócio”, do quais se destaca o da sustentabilidade, da integração e proteção das atividades da cadeia agroindustrial, dentre outros; “princípios aplicáveis à falência e recuperação das empresas”, dos quais se destacam o da inerência dos risco, do impacto social da crise, da transparência, da cooperação internacional, dentre outros; “princípio aplicáveis ao comércio marítimo”, dos quais se pode referir ao do risco marítimo, da garantia patrimonial, da limitação da responsabilidade e diversos outros; e, “princípios aplicáveis ao processo comercial”, dos quais se destaca a autonomia procedimental das parte, a presunção de igualdade, a intervenção mínima e a atenção às externalidades.⁶¹⁴

Acerca dos princípios é primordial ter em contundência a importância em delimitar e estruturar em qual instituto se aplicará cada princípio, mesmo eles sendo um emplastro do Direito Comercial, nem todos os princípios são aplicados em todo e qualquer instituto, ao contrário se mostra essencial o posicionamento dessa limitação ante a aplicação e interpretação das normas.⁶¹⁵

Ressalta-se que a presente tese não tem a finalidade de demonstrar se os mencionados princípios são únicos e suficientes para reestabelecer e primar pela boa aplicação das normas de Direitos Comercial, contudo, pode-se depreender que os

⁶¹³ BRASILIA. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº487, de 2013. Reforma o Código Comercial. **Brasília, 2013.** Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>> Acesso em 21 ago 2019.

⁶¹⁴ BRASILIA, op. cit., 2013.

⁶¹⁵ COELHO, op. cit., 2012.

princípios são apontamentos fundamentais acerca dos quais se pode extrair os meios e modos de compreensão e aplicabilidade da norma.⁶¹⁶

Ou seja, a simples aposição desses princípios, no Projeto de Lei nº 487, serve para mostrar a importância de se reforçar a chama desses potentados como fatores necessários e salutares à boa efetividade do direito comercial.

Logo, o reavivamento e o reascender, dos princípios comerciais, bem como a sua exímia difusão e propagação são estritamente necessários para que a autonomia do Direito Comercial volte a ser algo forte e basilar, totalmente erigido em bases recrudescidas e firmes, portanto, necessário a conflagração deste frente um positivismo centralizador e generalista donde emane a dinâmica e a destreza do comércio em prol da confiança, da segurança jurídica e da austeridade autônoma desta ciência.⁶¹⁷

3.2.3 Os problemas para a jurisprudência

Hodiernamente a existência da jurisprudência enquanto conjunto de decisões reiteradas sobre o mesmo fato corrobora a ideia e concretiza o fator primordial esperado de todo e qualquer ordenamento: segurança jurídica. Isso posto, a existência das decisões demonstra como os Tribunais estão interpretando ou considerando válida a aplicabilidade ou incidência de determinada legislação. Isso pois, “o direito de um país é tão avançado quanto sua jurisprudência, e esta reflete a capacidade analítica de sua comunidade jurídica”.⁶¹⁸

Outrossim, a opulência da jurisprudência vai muito além da simples dicção do magistrado, ela comporta a característica de previsão, de percepção, de confiança, de segurança jurídica. É por meio dela que os advogados organizam consultorias, pareceres e analisam a legislação, pois são as decisões judiciais que ditam o modo como determinado artigo ou inciso poderá ser interpretado, por isso a sua percepção

⁶¹⁶ Ibid.

⁶¹⁷ Ibid.

⁶¹⁸ CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira; FORGIONI, Paula Andrea. O STJ e o direito comercial. **Migalhas**, 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302449,1010480+STJ+e+o+direito+comercial>> Acesso em 05 nov 2019.

científica para o Direito Comercial se faz imprescindível e deve comportar um sentido simétrico, uma conjunção entre a *práxis* do mercado, os princípios e as leis comerciais.⁶¹⁹

Acerca do seu aspecto científico, pode-se apontar que:

O estudo [...] da jurisprudência tem particular relevo para os comercialistas. A *práxis* comercial e a *praxe* forense dão-se as mãos na construção do direito comercial. Os tribunais consolidam e reconhecem as práticas dos agentes econômicos. Por sua vez, o contrato só funciona como instrumento de planejamento para as empresas se houver estabilidade na compreensão dos institutos. **Não existe previsibilidade dos negócios se a jurisprudência é hesitante ou oscilante** (grifo dos autores).⁶²⁰

Referida condição é imprescindível para o desenvolvimento do comércio e sua crescente evolução dentro da sociedade e frente aos investidores, pois é com base nesses preceitos que eles desenvolvem, aquilo que nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho⁶²¹ é apontado como o seu direito-custo. É esse vislumbre jurídico que permite ao empresário a possibilidade de ter a mínima ideia ou compreensão dos riscos (tributários, trabalhistas, consumeristas, empresariais e outros) existentes ou possíveis dentro do mercado brasileiro.

Igualmente, a jurisprudência pode desenvolver uma interpretação simétrica acerca de determinado fato na sociedade o qual pode muitas vezes não estar minimamente estipulado na norma positivada, a visão do Tribunal poderá concentrar o fator uniformidade inovando, não como legislador, mas para acoplar junto àquele caso fático os preceitos principiológicos e a funcionalidade da norma.⁶²²

Nos primórdios do Direito Comercial a jurisprudência brasileira se mostrou de grande valia e gerou inúmeras e diversas interpretações que auxiliaram no desenvolvimento cada vez mais congruente das normas, da atividade empresária, do mercado, dos investidores e da própria sociedade e de suas demandas. Como bem ressalta Paula A. Forgioni⁶²³ foi através e por intermédio da jurisprudência que alguns mecanismos comerciais ganharam seus primórdios e trouxeram maior segurança

⁶¹⁹ Ibid.

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ COELHO, op. cit., 2016.

⁶²² Ibid.

⁶²³ FORGIONI, op. cit., 2009.

jurídica, podendo dentre eles ser destacado a construção do instituto da dissolução parcial das sociedades, do delineamento das hipóteses de exclusão de sócios e da preservação do ente produtivo que está com dificuldades financeiras.

Ou seja, a jurisprudência encerra em si própria a finalidade de não realizar apenas a análise e aplicabilidade seca da legislação é preciso realizar a interpretação do arcabouço principiológico, fático e costumeiro que gravita ao redor da questão em litígio, para tanto o aplicador precisa ter em voga um aparato legal minimamente estruturado e que lhe permita extrair as bases e as estruturas interpretativas da norma posta à frente.⁶²⁴

De modo que o Direito Comercial se encontra enfraquecido nesse quesito, pois sua condição primordial e qualificadora, a empresa, além de diversos outros institutos estão inseridos no Código Civil de 2002, apontamento que torna prejudicial e dificulta a interpretação e aplicabilidade de seus princípios, suas fontes, seus usos e costumes, bem como a sua correta interpretação jurisprudencial. Podendo, inclusive, ocasionar em disrupções e complicações de ordem legislativa com a capacidade de tornar incongruentes determinadas condições, ou seja, tornar um confronto a interpretação de determinado instituto em razão da disparidade entre as questões civis e comerciais.⁶²⁵

Dentre os principais acontecimentos, optou-se por destacar a influência da jurisprudência no Direito Marítimo e nas questões atinentes ao modo preocupante como tem sido feita a aplicação e interpretação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Segundo Nelson Cavalcante, Mônica Pimenta e Werner Braun⁶²⁶, essa sucção pelo Direito Civil da grande maioria das matérias comerciais ocasionou em um abandono latente do estudo e desenvolvimento do Direito comercial, principalmente no que concerne ao Direito Marítimo, pois sua matéria primordial foi mantida no Código Comercial, estacionada no ano de 1850, enquanto todo o restante (prescrição, decadência, procedimentos, prazos e outros) foi derogado pelo Código Civil de 2002.

⁶²⁴ Ibid.

⁶²⁵ COELHO, op. cit., 2012.

⁶²⁶ JUDICE, Mônica Pimenta; RIZK, Werner Braun, SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e. **As recentes propostas de alterações legislativas e seus desdobramentos no direito marítimo.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). Novas reflexões sobre o projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2015.

Os autores apontam ainda que tal fato se mostrou prejudicial para os investidores e principalmente quando em discussões acerca de prazos prescricionais nos próprios Tribunais do país, pois o Código Comercial previa que a prescrição para determinadas discussões acerca do Direito Marítimo seria de um ano; todavia, após o advento do Código Civil de 2002 esse prazo se tornou expansivo, excessivamente dilatado, prejudicial e incerto, pois a jurisprudência era divergente quanto à sua ampliação, seja para três, cinco ou dez anos⁶²⁷.

Ainda segundo os autores, essa dilatação aleatória e realizada com base na vontade e visão de determinada turma julgadora, se reveste enquanto uma questão em total desconformidade com a segurança jurídica esperada. Ou seja, o legislador abandonou a matéria Marítima a própria sorte, permitindo um aumento de prazo que advoga em total desconformidade com as ordens comerciais internacionais que defendem o prazo anual.

À vista disso, seguindo o entendimento apontado, esta pesquisa traz à baila o mesmo julgado apresentado na obra, pois ainda que o próprio STJ, ao julgar o REsp nº1.355.173, tenha determinado o prazo de 5 (cinco) para a cobrança de taxa de sobre-estadia tal fato não se condensa ou conforma com as melhores práticas e celeridades comerciais, pois essas relações hodiernas são constantemente mutáveis e demandam celeridade, não um estagnar disruptivo onde em um período de 5 (cinco) anos a relação comercial provavelmente já terá logrado êxito ou se renovado por diversas vezes.⁶²⁸

Pontuam os autores, com primazia, a importância de que referido conflito de normas somente foi solucionado pelo STJ no ano de 2014, ou seja, durante aproximadamente mais de 10 anos, desde a vigência do Código Civil imperou

⁶²⁷ Quanto à referência dos prazos, referidos autores indicam os seguintes precedentes do TJSP: (2015, p.511) “prescrição em um ano, com a aplicação do revogado art.449, do Cod. Comercial – 52309-20.2007; 41949-55.2009 e 23872-27.2011; Prescrição em três anos, com base no artigo 206, §3º, inc. V, do Código Civil – 47485-81.2008 e 0597.83-2010; Prescrição em cinco anos, com base no artigo 206, §5º, inc. I, do Código Civil – 16504-64.2011”. Ademais, em complemento, essa autora aponta os seguintes julgados como referência, a Apelação Cível Nº 70048369466, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 03/05/2012, e da Apelação Cível Nº 70063068217, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 27/08/2015, na qual foi mantida prescrição anual.

⁶²⁸ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp nº1355173/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dj: 17/02/2014. **STJ, 2014**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 13 nove 2018.

atmosfera de incerteza e insegurança, pois qualquer decisão poderia advir, uma vez que não havia uniformidade nas decisões dos próprios Tribunais.

Ademais, como bem salientado pelos autores:

É curioso observar que em 1850, quando a comunicação era ainda precária e o tempo aparentemente fluía mais lentamente, o Brasil, em alinhamento com o restante do mundo, entendeu que 01 (um) ano seria prazo suficiente para cobrança de sobre-estadia; Todavia, nos dias de hoje, com toda a tecnologia à disposição do credor a lhe facilitar a busca por seu crédito, o Poder Judiciário inexplicavelmente para 05 (cinco) anos, senão por 10 (dez) anos, o prazo prescricional ânua para cobrança de sobre-estadia aplicado nos portos do mundo todo e que foi utilizado pelo Brasil por nada mais do que 152 anos [...] até que o legislador em 2002 resolvesse semear dúvida onde reinava a paz.⁶²⁹

São discussões jurídicas dessa magnitude que prejudicam e dificultam a relação comercial no cenário brasileiro, bem como, colocam a jurisprudência frente uma bifurcação onde não é possível manter a austeridade das necessidades comerciais, pois a norma central (Código Comercial) foi parcialmente derogada e a norma civil está em total desconformidade com a rapidez demandada pelo comércio, uma vez que guardam princípios, anseios e perspectivas totalmente dispares.⁶³⁰

No mesmo raciocínio, abordando a construção das jurisprudências quanto à matéria do Direito Comercial, vale ressaltar o posicionamento de Ruy Pereira Camilo Júnior e Paula Andrea Forgioni acerca das dificuldades encontradas para a construção desses precedentes junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Algumas circunstâncias restringem o potencial inovador da jurisprudência do STJ no campo comercial: a) sendo o litígio comercial caracterizado por divergências das partes sobre fatos, e fundando-se geralmente em negócios jurídicos, a subida da causa empresarial muitas vezes esbarra nos impedimentos das súmulas 5 e 7 do STJ em que pese a referida tendência a relaxar tais barreiras quando o tema é relevante; b) a ampla maioria dos negócios jurídicos empresariais não é regulada de modo específico, caracterizando-se por sua tipicidade social e dificultando a cognição do STJ; c) o longo trâmite dos feitos até a chegada ao STJ faz com que a corte se manifeste apenas quando o sentido da jurisprudência já sedimentou naturalmente entre as cortes ordinárias, tornando mais custosa e desgastante uma virada interpretativa; d) as maiores e mais representativas causas empresariais são solucionadas pela via da arbitragem ou por acordo entre as partes.

⁶²⁹ JUDICE; RIZK; SILVA FILHO, op. cit., 2015, p.512.

⁶³⁰ WAISBERG, op. cit., 2011.

Dentre as diversas circunstâncias apontadas pelos autores, para essa pesquisa vale a atenção mais detalha ao primeiro item. Nele, como bem apontado, as discussões jurídicas, quando sobem ao Superior Tribunal de Justiça, esbarram nas súmulas 5⁶³¹ e 7⁶³². Dessa monta, pode-se confrontar essa afirmação com um dos mecanismos jurídicos que mais tem trazido discrepâncias aos empresários em sua aplicabilidade totalmente “descontrolada”, qual seja, a desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar dos motivos que fundamentaram a sua criação, esse instituto foi inserido diretamente no artigo 50⁶³³ do Código Civil (teoria maior), sendo um instituto que afeta drasticamente a existência das empresas, ainda assim, o legislador, entendeu por bem estender as ramificação deste instituto para além das condições civilistas, inserindo-o também nas normas trabalhistas e consumeristas sob os auspícios de ser uma teoria menor.

Uma das principais críticas que se levanta sobre esse aspecto reside no modo como esse instituto foi inserido, apesar de não ser o foco dessa pesquisa, vale ressaltar que tanto o Código Civil, quando o Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis Trabalhistas são leis federais, conseqüentemente, estão na mesma ordem hierárquica, logo, uma não se impõe à outra. Ou seja, o primeiro erro do legislador foi permitir esse descuido com a criação do instituto e a sua previsão em diversas leis federais.⁶³⁴

Não bastasse essa condição, após a vigência desse instituto sobrevieram diversas confusões em sua aplicação. Demandando um posicionamento do STJ, o Tribunal se posicionou no sentido de defender tanto a aplicação da teoria maior, quanto da menor.⁶³⁵ Essa ramificação extenuante de direitos minuciosos e específicos cujos dissabores estão atrelados ao empresário, muitas vezes, busca o pagamento de uma indenização a qualquer custo e dificulta a vida do empresário

⁶³¹ Súmula 5: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

⁶³² Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

⁶³³ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (BRASIL, 2002).

⁶³⁴ BOBBIO, op. cit., 1995.

⁶³⁵ Foi o posicionamento do STJ ao julgar o Recurso Especial de nº279.273, no ano de 2012.

criando uma falta de segurança e confiança. Além de não ter como pressuposto e fundamento as minúcias do Direito Comercial, mas sim de outros ramos.

Outrossim, perante o STJ a revisão de sentenças conflitantes na aplicação adequada desse instituto são tentativas vazias, pois, na maioria dos casos, demandam uma análise das provas processuais para que se verifique a comprovação dos requisitos que permitem a realização desse fato, conseqüentemente a salvaguarda jurídica que viria deste órgão maior da legislação federal inexistente aos empresários que são facilmente violados em todos os seus bens de modo contrário à determinação legal.⁶³⁶

Nas palavras da própria Corte, ao tratar do julgamento do AgInt no AREsp 1495433/RJ, houve o apontamento de que “a legalidade da inclusão do agravante no polo passivo com a desconsideração da personalidade jurídica, [...]; não pode ser revista por esta Corte, pois demandaria, necessariamente, reexame do conjunto fático - probatório dos autos, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ”.⁶³⁷

Conseqüentemente, referido posicionamento do Tribunal deixa os empresários, mesmo os próprios advogados à mercê dos inúmeros e diversos magistrados de 1ª instância e desembargadores de 2ª instância, além das diversas espécies de justiça especializadas existente no país, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica, se encontra estipulada no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor⁶³⁸ e na Consolidação das Leis Trabalhistas⁶³⁹.

⁶³⁶ A título de exemplo cite-se alguns julgamentos recentes do STJ que seguem o mesmo posicionamento do outrora estipulado como principal: REsp 1786311/PR, AgInt nos EDcl no AREsp 1431560/SP, AgInt no AREsp 1218516/MG, AgInt no AREsp 1503932/SP, AgInt no AREsp 1439557/SP, REsp 1735004/SP, AgRg no AREsp 823555/SP, REsp 1111153/RJ, AgInt no AREsp 768101/SP, AgInt no REsp 1797150/SP, AgInt no REsp 1331399/PR, AgInt nos EDcl no CC 161953/GO, AgInt no REsp 1694810/SP, AgInt no AREsp 1475594/SP.

⁶³⁷ STJ. Superior Tribunal Justiça AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1495433/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dj: 08/11/2019. **STJ, 2014**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 13 nove 2018.

⁶³⁸ “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990).

⁶³⁹ “Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo

De modo enfático, vale expor como o uso desse instituto, principalmente na Justiça Trabalhista, Ambiental e do Consumidor tem se mostrado enquanto uma espécie de “punição”, chegando a ser concedido pelos magistrados mesmo sem o devido pedido ou procedimento da parte requerente, enquanto nas Justiças comuns ele tem sido deferido, muitas vezes, sem que haja a devida comprovação (provas processuais) que exponham os requisitos para a sua constituição.

Tomando como paradigma e exemplo, o julgamento do Ag-AIRR - 10513-12.2016.5.03.0146, o próprio Tribunal Superior do Trabalho⁶⁴⁰ acatou a decisão de primeiro grau para validar o posicionamento de que “homologados os cálculos de liquidação (fl.303), foi dado início à execução, a qual restou frustrada (fls.339/340), sendo determinada a desconsideração da personalidade jurídica das rés e a inclusão no polo passivo da ação dos sócios das mesmas, consoante decisão de fl.348”. Oportunamente, após a leitura do caso, percebe-se que o incidente da desconsideração, foi validado apenas pelo fato de a empresa estar em recuperação judicial, ou seja, ao invés de incluir o crédito no processo recuperacional houve a desconsideração e execução dos bens dos sócios de modo totalmente contrário ao que demanda a legislação.⁶⁴¹

O posicionamento e aplicação da teoria menor, cuja aplicação principal deriva unicamente do fato de “a empresa devedora não ter bens para responder pela execução”⁶⁴², além de ir no sentido contrário da teoria maior vai em desconformidade

Civil. § 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. § 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (Incluídos pela Lei nº 13.467, de 2017)” (BRASIL, 1943).

⁶⁴⁰ Considerando o âmbito da 2ª instância como o ponto de pesquisa dos fatos apontados nessa pesquisa é interessante trazer à baila alguns (10) julgados corroborados pelo TST onde a desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada sem o procedimento adequado, apenas sob o fundamento de que “Nada também impede a desconsideração da personalidade jurídica, já que a empresa devedora não tem bens para responder pela execução. Assim tem se manifestado o Tribunal Superior do Trabalho”, assim são exemplos os seguintes julgados: Ag-AIRR - 163600-09.2005.5.02.0014; Ag-AIRR - 27140-92.2005.5.03.0141; RR - 122300-71.2006.5.15.0143; AIRR-1879-47.2015.5.12.0005; RR - 1180-40.2015.5.09.0005; AIRR - 162-85.2013.5.02.0251; AIRR - 1606-13.2014.5.07.0015; AIRR - 1374-71.2014.5.07.0024; Ag-RR - 18400-68.1992.5.01.0041; RO - 10084-23.2014.5.01.0000.

⁶⁴¹ TST. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo. Agravo de instrumento em recurso de revista: Ag-AIRR - 10513-12.2016.5.03.0146. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. DJ: 08/11/2019. **TST, 2019**. Disponível em <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/93ab4e3f211b49d69a445823e98239c1>> Acesso em 13 nov 2019.

⁶⁴² Ibid.

com a limitação da responsabilidade do empresário, dos princípios e fontes do Direito Comercial, desaguando numa discussão com um dimensão científica profunda e necessária, contudo, este não é o intuito desta tese. Mas apenas apontar os problemas pela falta de uma legislação central que construa uma aplicação simétrica das normas.⁶⁴³

Ainda nesse sentido, poder-se-ia congratular o fato do instituto da desconsideração da personalidade jurídica ter sofrido mudanças no ano de 2019 com as alterações trazidas pela Lei de Liberdade Econômica, todavia, como os artigos contidos no que a doutrina denomina de teoria menor (o consumerista e o trabalhista) não foram revogados e todas as três leis se encontram na mesma hierarquia legal padece um cenário de incertezas ao empresário.

Por esses motivos, ao considerar que a presente tese busca apenas expor os problemas existentes para a jurisprudência ante a matéria afeita ao Direito Comercial se observa a importância do país em precisar construir e permitir um cenário jurídico e jurisprudencial minimamente previsível, fato que não se verifica no presente momento da sociedade brasileira, principalmente ante à falta de um posicionamento do STJ para a seara empresarial que acaba colhendo todas as mazelas dessa política expansionista de normas especiais dispersas e da falta de um centro vital para as normas comerciais.

Por isso, a construção de um arcabouço jurisprudencial, principalmente em nosso país de *civil law* deve comportar regras mais contundentes, além de buscar uma maturação maior da matéria antes de efetivamente lhe dar um engessamento que pode trazer prejuízos materiais aos casos futuros. Por esse motivo, a construção desse arcabouço jurisprudencial deve buscar uma cognição mais aprofundada da matéria a ser tratada, pois a construção da padronização é necessária e fundamental, todavia a sua realização de modo apressado cria falhas e formula discrepâncias ao longo do caminho.⁶⁴⁴

Como demonstrado nos casos acima (Direito Marítimo e Desconsideração da Personalidade Jurídica) é inegável a influência da legislação, princípios,

⁶⁴³ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁴⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

características, civilistas e consumeristas em matéria jurisprudencial tipicamente empresarial. Reputamos isso a inserção de grande parte do direito comercial no corpo do Código Civil, o abandono ao Código Comercial, a erosão provocada pela proliferação de legislações especiais, que tornam o poder decisório um labirinto jurídico, o que tem se mostrado prejudicial para o Direito Comercial e para o desenvolvimento de sua jurisprudência.

Uma possível solução para o problema desses fatores jurisprudenciais pode ser atrelada ao fator especialização das varas no Tribunais do país. Esse fator comporta primordial atenção, pois visa garantir a primazia, confiança e concordância nas decisões proferidas por quem foi levado para direcionar seus esforços em *prol* da compreensão, estudo e afunilação das matérias inerentes e próprias do Direito Comercial.

No próprio cenário brasileiro, em notícia ventilada pelo sítio eletrônico JOTA acerca dos efeitos advindos da especialização das varas empresariais no Estado de São Paulo, pode-se perceber que:

Quanto mais rápida, segura e barata for a jurisdição, maior a quantidade de disputas que ela tende a atrair. Ao redor do mundo, a criação das varas empresariais como política de incentivo à atividade comercial aumentou substancialmente a qualidade dos julgamentos proferidos, o que motivou aumentos na quantidade de processos atraídos por essa jurisdição e impactou até mesmo no local no qual as empresas estabelecem suas sedes. Se antes muitos empresários desistiam de recorrer ao Poder Judiciário por conta da excessiva demora e da insegurança sobre o resultado dos processos, hoje com a especialização o Poder Judiciário paulista passou a ser visto pela comunidade empresarialista como uma alternativa viável e competitiva para a resolução dessas disputas.⁶⁴⁵

Do mesmo modo, ainda sobre a notícia, percebe-se que naquele Estado tem havido um crescente aumento de ações para as varas especializadas em Direito Comercial, pois os próprios empresários e advogados especializados estão encontrando nessa especialização a confiança jurídica esperada das demandas levadas frente o Poder Judiciário.

⁶⁴⁵ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; NUNES, Marcelo Guedes. Um ano e meio das varas empresariais de São Paulo: uma iniciativa de sucesso. **JOTA**, 2019. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/varas-empresariais-sucesso-05082019> Acesso em 20 ago 2019.

Ante a especialização as decisões ganham um posicionamento mais uniforme que demonstra como os Tribunais vêm compreendendo determinada matéria em seu esteio, por esse motivo, além dessa confiança permite-se uma visão do próprio Poder Judiciário para com uma aplicação da lei alinhada com as normas específicas do Direito Comercial e com o próprio mercado.⁶⁴⁶

Esses fatores foram aglutinados e constatados, pois:

Ao longo dos meses de janeiro e fevereiro de 2018, as duas varas empresariais receberam uma média de 80 distribuições por mês. Já entre março e julho, observou-se um salto para 160 processos por mês. E a partir de agosto até dezembro essa média subiu para 200 processos, com dois meses atingindo picos de mais de 250 distribuições. Como resultado, o ano de 2018 fechou com um total de 2.079 processos, um aumento de 84% na quantidade de disputas distribuídas quando comparado aos três anos anteriores. E o acompanhamento das distribuições dos três primeiros meses de 2019 indicam que esse crescimento continuará e que provavelmente o número de disputas empresariais de 2019 será perto do dobro do que observamos em 2018.⁶⁴⁷

Portanto, os institutos comerciais precisam ser analisados pelos aplicadores do Direito frente à ótica da celeridade, do dinamismo, das demandas do mercado, da sua mutabilidade e da onerosidade, tendo como norte a autonomia da vontade das partes⁶⁴⁸, pois são esses fatores que influenciam e tornam válida e contínua a relação empresarial, são esses valores que constroem uma segurança jurídica própria da ordem comercial.⁶⁴⁹

Entretanto, se mostra imprescindível a vigência de uma norma de ordem geral da qual extraia cada um desses preceitos, pois neste momento encontram-se soltos e abandonados no ordenamento jurídico, renegados ao esquecimento.

Em consequência, é incompatível a formulação de um arcabouço jurisprudencial próprio e compatível com os princípios, às necessidades do comércio e demandas do mercado, quando o norteador que engloba o próprio Direito Comercial é o Código Civil, pois o seu próprio código é obsoleto e estagnado.

⁶⁴⁶ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁴⁷ CALÇAS; NUNES, op. cit., 2019.

⁶⁴⁸ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁶⁴⁹ COELHO, op. cit., 2012.

3.2.4 A insegurança para os investidores

Todo país é soberano e possui suas próprias normas específicas cuja finalidade é cuidar e regular sua sociedade quanto as suas questões políticas, econômicas, sociais, culturais e antropológicas. Dessa forma, o primordial das sociedades é a legislação, pois ela determina o andamento, estrutura e desenvolvimento, por isso, do ponto de vista econômico e financeiro é imprescindível a vigência de um conjunto de norma das quais o empresário possa determinar suas possíveis perdas e ganhos, seja frente o consumidor, seus trabalhadores ou frente o recolhimento de impostos.

O importante é a manutenção de legislações cujo resultado ou direito-custo, como bem ordenado pela doutrina, seja possível determinar, portanto, a economia e o direito, principalmente o direito comercial estão em constante comunhão e união, um auxiliando o outro.⁶⁵⁰

A matéria do direito comercial encerra uma relação indissociável com a definição econômica do comércio, pois, em que pese a economia e o direito sejam díspares e independentes, trabalham em conjunto, consubstanciando uma relação de complementaridade.⁶⁵¹

A nossa indústria, a nossa habilidade, a nossa inteligência são destinadas, a maior parte das vezes, a satisfazer as necessidades dos outros, e não as nossas: e, eis porque, nós avaliamos as coisas, não segundo a sua maior ou menor utilidade para nós mas, unicamente, segundo o seu valor de troca, isto é, segundo a sua utilidade para os outros. É a divisão do trabalho que se deve o fenómeno da troca: cada um produzindo mais e melhor pelo facto de se dedicar a uma só espécie de trabalho, daí deriva a especialização do trabalho e, portanto a troca.⁶⁵²

É exigido do empresário, o conhecimento técnico em minúcia e de modo suficiente para evitar erros e perdas imprevistas a depender dos diversos mercados (países) que pretende integrar. Uma vez que as exigências são técnicas é possível se prever perdas e ganhos fato que possibilita uma prospecção dos gastos a serem

⁶⁵⁰ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁵¹ CAVALLI, op. cit.

⁶⁵² ROCCO, op. cit., 1931, p.40–41.

despendidos pelo empresário, todavia, a falta dessa segurança gera a incerteza ao empresário e conseqüentemente sua fuga daquele mercado que lhe pode demonstrar prejudicial.⁶⁵³

A troca e o gasto para essa ação é o que constituem a noção econômica do comércio, fato em *prol* do qual a codificação atua em proveito, pois cria a certeza daquilo que existe, concatena as obrigações e os custos envolvidos nos dispêndios para o exercício de determinada atividade econômica numa ou noutra localidade.⁶⁵⁴

Ademais, aquém da legislação é imprescindível ao empresário ter atenção ao aplicador do direito, o qual, muitas vezes apresenta decisões contrárias aos anseios e aos interesses da classe empresária, em razão da junção parcial da legislação dos ramos distintos e díspares do Direito Privado há uma tendência na adoção das fontes e princípios unicamente do Direito Civil, de modo que o Direito Comercial muitas vezes fica ao largo.⁶⁵⁵

Esse fato faz com que o empresário não tenha uma certeza jurídica acerca da decisão prolatada por determinado juízo caso sobrevenha algum problema que envolva a participação do Poder Judiciário na resolução do conflito.

Isso em um país como o Brasil cujo crescimento industrial tem sido exponencial, principalmente na indústria agrícola e pecuária é nefasto, pois a falta de investimento e de empreendimentos suficientes atrasa e prejudica a produção além da fuga de investimento, pois afasta possibilidade de novos empresários ingressarem em um mercado onde não lhe é possível fazer previsões de ganhos e perdas.⁶⁵⁶

Esta continuidade demanda determinados ajustes macroeconômicos, particularmente do lado fiscal, com elevação do superávit primário baseado em medidas objetivas que conduzam ao aumento da receita e à queda dos gastos. As escolhas das políticas econômicas a serem feitas nos próximos anos provavelmente definirão o desempenho do país até o fim desta década. Isso demanda a combinação certa de políticas e uma estrutura institucional forte, para planejar e promover um sistema educacional forte, mercados financeiros bem desenvolvidos e infraestrutura avançada, que encoraje a inovação e possa respaldar o cumprimento de uma agenda mínima para as cadeias de fornecimento complexas [...].⁶⁵⁷

⁶⁵³ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁵⁴ Ibid.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁵⁷ BURANELLO, Renato. **A necessária regulamentação das relações empresariais do agronegócio: um novo subsistema do Direito Comercial.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago

A finalidade das estratégias negociais, assim como da validade contratual e da submissão do *pacta sunt servanda* quando aplicada entre empresários é fundamental para eliminar os riscos imensuráveis, por esse motivo é importante a existência de estratégias que vão possibilitar a maior relação entre as partes no intuito de ter maior gerenciamento das relações e da percepção do menor custo de transação possível, afinal, o ponto primordial de qualquer negócio é a geração de valor com o consequente compartilhamento, entre as partes, dos resultados e dos riscos.⁶⁵⁸

Interessante ressaltar alguns pontos cujo resultado é de insegurança para o investidor ou empresário, como, por exemplo, o comércio eletrônico. Este, por sua vez não é devidamente regulado no Brasil, ou seja, há pouca segurança jurídica que resguarde e cuide das relações havidas entre os empresários por meio da rede mundial de computadores, assim, o legislador aplica a totalidade das legislações civis ou consumeristas abandonando os fundamentos da legislação comercial, mesmo se tratando de relação entre empresários, isso devido ao fator dificuldade em determinar a obrigação de cada uma das partes, tanto como de impor determinada legislação sobre a relação entabulada.⁶⁵⁹

Como bem assevera o doutrinador Ricardo Luis Lorenzetti⁶⁶⁰:

Na medida em que o legislador imputa à empresa alguma ação danosa no exterior, isso lhe acarreta custos: os danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos trabalhadores, aos fornecedores, aos outorgantes de créditos, a outros empresários, podem ou não ser imputados à empresa. As empresas tendem a maximizar seus benefícios, razões pela qual se estabelecerão onde lhes custe mais barato desenvolver-se.

A perca de investidores prejudica a industrialização do país e deturpa não somente o seu desenvolvimento ou a falta de empresários no mercado brasileiro, é questão que afeta o PIB (Produto Interno Bruto) do país, pois os empresários pagam impostos relativos à pessoa jurídica e à pessoa física, criam fontes de trabalho e

Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). Novas reflexões sobre o projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 450.

⁶⁵⁸ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁵⁹ Ibid.

⁶⁶⁰ LORENZETTI, op. cit. p.67.

emprego, ou seja, geram dinheiro para seus trabalhadores que vão aplicá-lo ou gastá-lo no mercado interno, mantendo o correr da moeda.⁶⁶¹

Nesse sentido, o empresário busca fugir de países com sistemas excessivamente onerosos e onde as normas são demasiado protetivas. Tanto que a enormidade de legislações em um único ordenamento pode acarretar em confusão e disrupções que não tornam possíveis ao empresário realizar uma verificação adequada das leis vigentes e não vigentes, dessa forma, “a norma jurídica orienta a ação e, se não é clara, o sujeito atuante se detém, porque não pode realizar o cálculo jurídico”.⁶⁶²

Essa confluência entre o excesso de normas, a confusão na interpretação e a propagação de jurisprudências conflitantes que retiram do empresário a confiança e o anseio por investir seu dinheiro e iniciar uma atividade econômica tem refletido o atual cenário brasileiro. Ponto que se extrai ao observar diversas notícias veiculadas em sítios eletrônicos⁶⁶³, por meio delas pode-se comprovar acerca da fuga de empresários que tem se evadido do Brasil devido ao engessamento e excesso de burocracias cuja aplicação atrapalha o início, o andamento e a confiança no mercado.⁶⁶⁴

Tal fato se mostra tão importante no cenário mundial que o próprio Banco Mundial tem investido na construção de um relatório anual denominado *Doing Business*. Esse relatório tem a finalidade de maximizar os ganhos do empresário e fomentar a criação de empresas num mercado mais dinâmico e menos burocrático. Todavia, ante a análise dos relatórios, poder-se-á perceber que o Brasil tem tido péssimas colocações nesse estudo.

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² LORENZETTI, op. cit., p.70.

⁶⁶³ Pode-se apontar algumas notícias que foram extraídas dos canais jornalísticos eletrônicos, disponíveis no Valor econômico (<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/10/24/brasil-melhora-nota-mas-cai-para-124o-lugar-no-ranking-do-relatorio-doing-business.ghtml>), no SEGS (<https://www.segs.com.br/demais/200850-brasil-cai-em-ranking-mundial-de-facilidade-para-fazer-negocios-e-microempresas-fogem-aos-eua>), no BizBrazil Magazine (<https://bizbrazilmagazine.com/mercado-internacional-acolhe-empresarios-que-fogem-de-ambiente-de-negocios-ainda-instavel-no-brasil/>), no Business (<https://revistabusiness.com.br/mercado/mercado-internacional-acolhe-empresarios-que-fogem-de-ambiente-de-negocios-ainda-instavel-no-brasil/>), no site do próprio Ministério da Economia (<http://www.mdic.gov.br/index.php/ultimas-noticias/3660-brasil-sobe-33-posicoes-no-ranking-de-comercio-exterior-do-relatorio-doing-business>) e no site do Endeavor (<https://endeavor.org.br/ambiente/doing-business-2020/>).

⁶⁶⁴ NORONHA, op. cit.

A princípio importa ressaltar que este estudo dos mercados mundiais tem como objetivo primordial a busca pela existência de regras expostas com clareza, conseqüentemente, ele prima pela total compreensão e aplicação, ou seja, exalta normas simétricas, que respeitem e estejam seguindo o mesmo entendimento; em desprestígio às normas assimétricas com as quais se torna impossível prever os possíveis custos para o empresário. Além disso, buscam regras “que aumentem a previsibilidade das interações econômicas e regras que forneçam parceiros contratuais com proteções básicas contra abuso”.⁶⁶⁵

Assim sendo, o estudo:

“[...] fornece uma medida quantitativa de regulamentações para iniciar um negócio, lidar com alvarás de construção, empregar trabalhadores, registrar a propriedade, obter crédito, proteger investidores, pagar impostos, para importar e exportar, cumprir contratos e fechar um negócio — segundo a forma em que elas se apliquem a pequenas e médias empresas nacionais”.⁶⁶⁶

Por esse motivo e buscando demonstrar as dificuldades legislativas do Direito Comercial no cenário brasileiro das atividades econômicas, além de reforçar os apontamentos dessa pesquisa, entende-se necessário apor alguns reflexos e análises feitos com base nos dados extraídos dos relatórios do *Doing Business* que expõe a colocação do Brasil em diversos rankings, todavia, para esta pesquisa, observou-se apenas a posição no quesito das legislações voltadas ao Direito Comercial que são aquelas estipuladas no item “facilidade para fazer negócios”.

Em atenção aos relatórios analisados, especificamente no ano de 2008 e 2009 o Brasil tem se mostrado pouco promissor enquanto um país com “facilidade para fazer negócios”, tendo em 2008 atingido a posição de 126º, e, em 2009 a posição do 125º país, conseqüentemente, segundo os apontamentos desse estudo a sua legislação tem sido um fator debilitante de sua economia, pois não tem criado facilidades para que os empresários busquem este mercado para o exercício da sua atividade econômica.

⁶⁶⁵ BANCO MUNDIAL. World Development Indicators Database. Doing Business 2009. Comparação de Regulamentação em 181 Economias. **World Bank, 2009**. Disponível em <<https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/Overview/DB09-Overview-Portuguese.pdf>> Acesso em 15 nov 2019, p.1.

⁶⁶⁶ Ibid, p.2.

Atualmente, “o Brasil caiu no ranking que mede a facilidade para fazer negócios. O país passou da 109ª posição em 2018 para a 124ª neste ano [2019]”, conforme se pode observar no Doing Business de 2020⁶⁶⁷. Essa condição vem lhe ocasionando percalços cada vez maiores em virtude das legislações envolvendo gastos com as questões de crédito, abertura de empresas, dentre outros.⁶⁶⁸

Ainda acerca da mesma notícia ventilada sobre as mudanças que o Estado Brasileiro vem observando, apesar da colocação ruim do país, a reportagem “destacou dois pontos como avanços importantes neste quesito, em relação a 2018.” Sobre esses pontos, informou que o “primeiro deles foi a facilitação dos processos de registro de empresas e, o segundo, a redução do custo do certificado digital”. Contudo, essas melhoras foram analisadas apenas em relação às cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, não foram verificados no país todo.⁶⁶⁹

Outro ponto que vale a pena apontar é que no primeiro relatório analisado a pesquisa envolvia o total de 181 países e na segunda 190 países, entretanto, em todas elas o Brasil não conseguiu ocupar nem mesmo as 100 melhores posições. Fato que apenas demonstra a importância e primazia do país em buscar reformas legislativas mais dinâmicas e práticas, pouco engessadas e burocráticas.

A inserção do Direito Comercial no Código Civil de 02, a proliferação de legislações especiais desordenadas e desconectadas, o menosprezo pelos princípios e costumes empresariais, os problemas jurisprudências tem trazido insegurança para investidores e ainda contribuído para que o Brasil insatisfatórios, como no ranking apresentado acima.

Prontamente, é preciso a (re)estruturação do nosso ordenamento jurídico trazendo maior flexibilidade para as mudanças inovadoras e estruturais que vêm afetando continuamente o mundo das relações e negociações empresariais em respeito à livre iniciativa e à livre concorrência. Garantindo aos empresários agir na busca e continuidade por seus interesses sem a imposição de diversos entraves

⁶⁶⁷ BANCO MUNDIAL. World Development Indicators Database. Doing Business 2009. Comparação de Regulamentação em 190 Economias. **World Bank, 2020**. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>> Acesso em 15 nov 2019, p.4.

⁶⁶⁸ LIS, Laís. Brasil cai em ranking do Banco Mundial que mede a facilidade para fazer negócios. **G1, 2019**. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/24/brasil-cai-em-ranking-do-banco-mundial-que-mede-a-facilidade-para-fazer-negocios.ghtml>> Acesso em 15 nov 2019.

⁶⁶⁹ Ibid.

capazes de prejudicar sua segurança jurídica, seus interesses, seus investimentos e o crescente desenvolvimento da atividade econômica.

3.3 QUE AUTONOMIA?

As disparidades construídas e explanadas no transcorrer desta pesquisa possibilitaram a exposição, demonstração e tratamento acerca dos caminhos e descaminhos da autonomia do Direito Comercial enquanto um ramo científico do qual as atividades empresariais e demais institutos se tornaram o fundamento máximo a serem estruturados por legislações, código, princípios e valores próprios.

No cenário brasileiro, esse mesmo ramo do Direito Privado acaba sendo solapado em suas estruturas por conta da existência de uma codificação cuja finalidade de unificar a teoria das obrigações civis e comerciais logrou êxito, acarretando em todos os dissabores outrora abordados quando se apontou sobre o retrocesso do Direito Comercial.⁶⁷⁰

Prenota-se que referido retrocesso teve suas bases com o dismantelar do Código Comercial de 1850, o qual restou abandonando apenas com as normas acerca do Direito Marítimo, enquanto o restante de sua matéria restou espargida nas diversas Leis esparsas e Código Civil, como continuamente reiterado⁶⁷¹.

Ante essa descontinuidade com o Código Comercial, não somente houve uma afetação em sua codificação, como será abordado no último capítulo desta tese, mas, houve um enfraquecimento para a sua autonomia, outrora austera e robusta.⁶⁷² Por isso, questiona-se de que forma essa autonomia foi enfraquecida?

De modo minucioso, ao tratar sobre a autonomia formal (ou legislativa), ou seja, aquela que representa exatamente a vigência das Leis e Código, pode-se, pelo simples folhear do *vade mecum*, perceber como ela restou afetada. Grande parte dos institutos do Direito Comercial são estudados tendo em parâmetro o Código Civil ou as diversas legislações esparsas que arregimentam os institutos comerciais.

⁶⁷⁰ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁷¹ Ibid.

⁶⁷² MALCHER FILHO, op. cit.

Se essa autonomia ainda existe? Sim, ela existe. A vigência de normas sobre os institutos comerciais lhe garante a materialidade dessa primazia. Todavia, seus institutos estão dispersos, sem um centro de comando, sem o controle de um marco regulatório que traga uniformidade, credibilidade, confiança e sistematicidade.⁶⁷³

Em sequência, ao analisar a autonomia didática em atenção ao ensino de Paulo C. R. Arnoldi⁶⁷⁴, pelo simples observar de seu ensino nos centros universitários, nos cursos de formação superior, em graduações e pós-graduações, mestrados e doutorados vemos a regência una do Direito Comercial que é estudado em completa independência dos outros ramos do Direito.

Mas, o que lhe garante essa independência didática? É difícil e complexo dizer qual fator ou fatores lhe concedem e efetivam essa disparidade nos centros universitários, ainda assim, defende-se o fato de que é a sua dialeticidade, a ontologia do seu desenvolvimento, a existência de doutrinas e leis próprias que tornam seu ensino independente, pois a sua parte primordial, a empresa, está no Código Civil.⁶⁷⁵

Logo, não há nenhuma certeza absoluta e incontestável que impossibilite as Universidades de passarem a ensinar e tratar o Direito Comercial como um dos ramos do Direito Civil, afinal, sua principal fonte (o Código) está abandonada, permitindo o enfraquecimento de sua autonomia.

Por último, pode-se apontar que é sua autonomia substancial (científica ou jurídica) o ente com contundência para manter e efetivar sua autonomia, mesmo alguns doutrinadores defendendo pontos diversos sobre sua existência⁶⁷⁶, pois, por meio da história e desenvolvimento, ela demonstra e individualiza o Direito Comercial dos outros ramos por ele ter princípios díspares, um método próprio, ser um ramo

⁶⁷³ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁷⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989

⁶⁷⁵ BARRETO FILHO, op. cit.

⁶⁷⁶ O próprio Ascarelli (2007) defende que o Direito Comercial é um fenômeno histórico, não uma ciência dialética que se protraí no tempo e mantém sua individualidade. No mesmo sentido, Philomeno José da Silva (1956) também nega a autonomia do Direito Comercial. Além dele, Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1989, p. 76), nos apresenta em sua obra (Direito Comercial: autonomia ou unificação), uma lista de pesquisadores e pensadores que defendem a unificação do Direito Comercial pelo Direito Civil, com a conseqüente autonomia apenas para o Direito Civil, dos quais, cita-se: Augusto Teixeira de Freitas e Herculano Inglez de Souza.

científico e ter normas próprias, voltadas aos seus institutos diferentes dos outros ramos⁶⁷⁷.

Como bem asseverado, reforça-se o fato de a autonomia do Direito Comercial ser incontestada, ou seja, ela existe e jamais deixará de existir. Mas, como essa autonomia integral não depende apenas do seu desenvolvimento e evolução ela padece num emaranhado obscuro de preceitos civilistas que enfraquece as forças e bases deste ramo do Direito Privado, colocando-o em xeque⁶⁷⁸. Pois, que autonomia é essa onde a jurisprudência toma como regra geral fontes de outros ramos? Que autonomia é essa onde as fontes comerciais estão esvaziadas? Que autonomia é essa onde os princípios comerciais são reiteradamente menosprezados? Que autonomia é essa onde o mercado é eivado de insegurança jurídica?

Atualmente, no Direito Comercial, não temos segurança jurídica. Seja, pela falta de permitir aos empresários que tenham a previsibilidade de suas perdas e ganhos, impossibilitando que formulem um efetivo diagnóstico acerca dos possíveis impactos legais e lucro esperado; seja pela falta de juízes que desconhecem a especialidade do Direito Comercial, logo, impactando na existência de jurisprudências simétricas; seja pelo evanescer dos princípios que regem as relações empresariais; ou, pelo desbotar das fontes que desprestigiam as sutilezas deste ramo e causam o enfraquecimento da sua autonomia.⁶⁷⁹

São esses fatores e problemas que merecem um melhor tratamento para condicionar maior confiabilidade ao Direito Comercial. Portanto, se mostra importante e fundamental ao desenvolvimento social, econômico, nacional e global o reestruturar dessa autonomia por meio da (re)organização das suas normas.⁶⁸⁰

Assim, de modo balizador, diante desses problemas de conhecimento unânime entre os comercialistas vem o questionamento sobre o que deve ser feito para acabar com essas divergências? Num cenário de profilaxia, deve-se organizar essa (re)estruturação da autonomia e dos institutos do Direito Comercial por meio de um novo Código ou pelo aperfeiçoamento e lapidar das Leis especiais?⁶⁸¹

⁶⁷⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁶⁷⁸ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁷⁹ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁸⁰ WAISBERG, op. cit., 2011.

⁶⁸¹ COELHO, op. cit., 2012.

CAPÍTULO IV – A (RE)CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL E O RECRUDESCIMENTO DOS VALORES DO DIREITO COMERCIAL

“O código, ao contrário, não é continuidade, é ruptura”.

Mário Luiz Delgado.

Em retrospecto, se pôde permear e condensar o recrudescimento do Direito Comercial enquanto um ramo cujo nascimento, desenvolvimento, evolução e transformação são progressivos e contínuos. Fatores importantes para a manutenção e vivacidade da sua condição de ciência a ser estudada e sedimentada no seio social e econômico de toda e qualquer sociedade.

Dessa feita, por meio da corporificação sistemática, logo após a Revolução Francesa, a codificação se fez o seu emplastro de maior contundência e primazia. Frente essa materialidade o Direito Comercial ganhou maior robustez, se tornou mais vivaz e revestiu seus institutos com maior segurança; ademais, afirmou sua autonomia em relação aos outros ramos do Direito, propagou seu desenvolvimento científico, suas especificidades, seu viés principiológico e cada uma de suas propriedades únicas e inconfundíveis.⁶⁸²

No entanto, as discrepâncias doutrinárias se fizeram prementes após a vigência das leis civis: no âmbito geral, defendiam a necessidade de unificar normas comerciais e civis. Dessa contenda sobrevêm três correntes: a primeira intente unificar os dois ramos do Direito Privado e permitir que as normas comerciais sejam sugadas e acopladas ao Código civil, sob os dizeres de referida ação não prejudicar o comércio. Por sua vez, a segunda corrente defendia unicamente o agrupamento e uniformização de todas as normas voltadas a tratar sobre as Obrigações. Declaravam que não haveria prejuízo algum para nenhum dos dois ramos do Direito Privado. Em deslinde, a terceira ideia de pensamento à qual se faz apoio, busca manter a total segregação entre os dois ramos do Direito Privado, ou seja, um Código Civil e um Código Comercial. Porquanto, cada qual busca defender suas particularidades, seus próprios

⁶⁸² ANDRADE, op. cit.

institutos, seus valores e o desenvolvimento da sua atividade enquanto ciência social.⁶⁸³

No Brasil, pode-se prenotar que a oportunidade de materializar os ideais da primeira e da segunda corrente não tardaram a fundamentar e validar a inserção do principal ponto de estudo do Direito Comercial, a figura do empresário, junto ao Código Civil, ademais, outros institutos, como, títulos de crédito, fusão, incorporação, transformação, nome empresarial, as obrigações, o trespasse e outros também foram aglutinados em constante derrocada da codificação comercial.⁶⁸⁴

Todavia, conforme restou concatenado, o Direito Comercial nunca perdeu a sua autonomia – ela se mantém, ainda que deteriorada – ou sua imperiosidade de ser uma doutrina própria, com institutos, princípios e normas particulares que lhe são imanentes, portanto, salienta-se a sua continuidade enquanto ciência que ao longo do tempo construiu, mantém, defende e reafirma, até os dias atuais, a sua autonomia.⁶⁸⁵

Portanto, ele se mostra enquanto um ramo autônomo, composto por características únicas e hodiernamente próspero, mesmo com os percalços enfrentados em sua trajetória. A norma comercial demanda uma evolução contínua e mutabilidade dinâmica capaz de acompanhar a maturidade da atividade empresarial, do mercado e da econômica global, principalmente com o Brasil sendo um território próspero ao desenvolvimento empresarial.⁶⁸⁶

Ademais, a inserção de suas normas no corpo sistemático civilista está tornando sua ciência, estudo e desenvolvimento engessado e estanque. Hoje, corremos o risco de prejudicar a vinda e manutenção de novos investidores em virtude da insegurança jurídica comumente sedimentada na legislação comercial, pois o Código Civil se mostra efetivamente conservador.⁶⁸⁷

Conforme fundamentado no terceiro capítulo, embora a autonomia do Direito Comercial tenha sofrido algumas pancadas que a mantiveram enfraquecida, jamais perdeu a sua vigência e integralidade. Ressalte-se que sua manutenção enquanto ciência não ocorre em razão do Direito Civil, pois deste não usa princípios

⁶⁸³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁶⁸⁴ Ibid.

⁶⁸⁵ COELHO, op. cit., 2016.

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ ROCCO, op. cit.

ou institutos, ao contrário, o que manteve sua vivacidade foi sua força contundente enquanto ciência detentora de fontes, princípios, normas, institutos e fundamentos próprios.

Nesse sentido cabe, ao presente capítulo desta tese demonstrar e comprovar como todos esses fatores históricos, econômicos, sociais, principiologicos; de continuidade da autonomia, de manutenção deste ramo do Direito Privado, além do seu enfraquecimento no momento atual a fim de comprovar e reafirmar a necessidade de uma (re)codificação do Direito Comercial que virá para salvaguardar e primar pelo recrudescimento da autonomia e a contundência de seus valores.

Estamos, ainda, convencidos que em virtude de todas as questões anteriormente trabalhadas, tais como o esvaziamento das fontes, desbotamento dos princípios, jurisprudência problemática, insegurança, precisam ser urgentemente sanadas. Entendemos, como se verá nesse capítulo, que a segurança jurídica tão almejada no Direito Comercial não depende apenas da clareza das leis, mas também dos valores, conceitos, princípios introjetados. E ainda, que a existência de um código é a melhor forma para que isso aconteça.

Conseqüentemente, se buscará tratar sobre a importância da codificação Comercial, bem como, comprovar a necessidade da sua individualidade enquanto condição conjunta e contundente a reforçar e enobrecer sua autonomia. Para tanto, far-se-á uma interligação da autonomia e da existência de um centro vital do qual emanam as normas primordiais e atua enquanto baluarte do qual a finalidade é primar pelo desenvolvimento da sociedade brasileira, da empresa e do mercado.

4.1. CODIFICAÇÃO, DESCODIFICAÇÃO E RECODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL.

O movimento codificador não se trata apenas da construção de um Código cuja vigência será determinante para a estrutura, funcionamento e desenvolvimento da sociedade; sua existência não se inspira ou é inspirada por um mero fato específico

e individual. Essa ação é um movimento frente o qual será posto em jogo e análise os fatos sociais, históricos, políticos e culturais a reger determinada sociedade.⁶⁸⁸

Isso ocorre, pois, um dos objetivos principais desse movimento é a contínua busca pelo aperfeiçoamento da técnica legislativa ante a lapidação da criação de normas codificadas a cuidarem do modo como determinada sociedade se estrutura e comporta. Entretanto, referido aperfeiçoar apenas se concretiza ante o cíclico caminho desse movimento codificador: codificar-descodificar-recodificar.⁶⁸⁹

De partida, acerca do movimento codificador, é interessante salientar o posicionamento de Adriane Stoll de Oliveira⁶⁹⁰:

Que significa este movimento? Significa a tendência para enfeixar em lei toda a matéria jurídica, em regra, uma parte do direito, de modo a dar, nessa parte, unidade de tratamento jurídico às relações jurídicas que dela brotam. Tal lei se denomina. Mas, codificação, como movimento jurídico, não é a feitura de um código. Muitos países que pertencem ao sistema da Common Law têm alguns códigos. Significa sim a adesão ao direito escrito, ao direito codificado ou legislado. Nesse caso, em códigos, estão os principais ramos do direito. A codificação não só unifica o direito, dando em lei toda matéria jurídica, como, também, a apresenta de forma orgânica, sistemática, em virtude de suas regras observarem princípios gerais informativos do todo. Acaba a codificação com a legislação dispersa. Apresentando, quase sempre, tratamento jurídico novo.

Em razão disso, o ordenamento jurídico brasileiro, por ser organizado e estruturado tendo como base as concepções do sistema da *civil law* depõe a necessidade das normas codificadas para servir enquanto mecanismo de interpretação e aplicação das leis frente os Tribunais, pois os magistrados seguem o que está escriturado nos códigos, além de servir enquanto fonte, promulgação legal de princípios, exposições de obrigações, dentre diversos outros.⁶⁹¹

Assim sendo, há de se perceber que a ideia propagada nessa tese percebe que a sociedade brasileira, principalmente os microssistemas e mecanismos dos Direito Comercial, se encontram num estado nefasto de descodificação, logo, em

⁶⁸⁸ DELGADO, op. cit.

⁶⁸⁹ GARRETT, João António Bahia de Almeida. **A (des)codificação do Direito Comercial Português. Contributo para a reflexão prévia a uma necessária reforma legislativa.** Porto: Edição do autor, 2018.

⁶⁹⁰ OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito. **Jus**, 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3549/a-codificacao-do-direito>> Acesso em 08 out 2018.

⁶⁹¹ ANDRADE, op. cit.

conformidade com o movimento codificador, a próxima etapa esperada é da recodificação.⁶⁹²

Logo, em nosso sentir, a recodificação do Direito Comercial, decorre da necessidade de se agrupar em um Código as normas de aspecto geral existentes em nosso ordenamento, acerca da matéria comercial, tais como: princípios gerais, regras e formas de solução ou de prevalência entre situações anômicas ou antinômicas. Formando, assim, um centro vital fortalecido, com a capacidade ideológica de servir como norma de reforço.⁶⁹³

Isto é, um diploma que possa atualizar e reagrupar num único centro vital as normas gerais até então vigentes, e principalmente prevê-las em consonância com a complexidade das relações empresariais, além de servir como “bússola” para as demais normas especiais, pois estas não vão ser agrupadas naquele mesmo código, ao contrário, continuaram dispostas em leis especiais.⁶⁹⁴

No passado, antes da vigência do movimento codificador, a humanidade era regida apenas pelas determinações daquele erigido enquanto ser dominante: fosse o chefe da tribo ou do clã; fosse o patriarca das famílias ou o senhor feudal; fosse o Rei ou o representante máximo do Clero.⁶⁹⁵

Dessa dominação sobrevinham normas escritas e postas, algumas inclusive, eram tácitas; apesar de serem declaradas como normas, essas imposições não podem, dentro do ideal do movimento codificador, ser consideradas como codificação, pois, seguindo o entendimento de Mário Luiz Delgado⁶⁹⁶, elas não tinham o fito ou intuito de manter a unicidade das partes componentes daquela sociedade, não buscava agrupar, quanto menos sistematizar ou racionalizar. Quando muito, a única finalidade dessas imposições normativas era manter o controle da sociedade e a estrutura piramidal de controle.

Nesse período imperava a complexidade de uma estrutura desordenada. Isso se deve em razão da inexistência de uma ordem estruturada por um único governo central – era descentralizado – enquanto o único ente a determinar os modos

⁶⁹² GARRETT, op. cit.

⁶⁹³ COELHO, op. cit., 2012.

⁶⁹⁴ GARRETT, op. cit.

⁶⁹⁵ CAENEGEM, op. cit.

⁶⁹⁶ DELGADO, op. cit., 2011.

e meios de aplicação das leis, normas, digestos e glosas. Inexistia essa coexistência conjunta entre o povo, o governo e as legislações.⁶⁹⁷

Principalmente durante o desenvolvimento do período medieval, as normas se mostravam esparsas, incompletas, dispersas, confusas e muitas vezes conflitantes. Não havia uma clareza ou sistematização entre as normas, as determinações sociais e estruturação do sistema jurídico de modo a condensar o seu funcionamento e efetiva validade.⁶⁹⁸

Aquém dessa falta de estruturação sistemática das normas, da falta de uma jurisdição uniforme e contundente⁶⁹⁹, da regência de uma segurança jurídica e delimitada imperavam inúmeras crises.

Essa situação identificada como particularismo jurídico representa, basicamente, a situação da sociedade medieval. Esta se apresentava, em essência, setorizada em classes e em castas e apoiada numa concepção corporativista das instituições jurídicas. Tratava-se de uma sociedade altamente hierarquizada, em que a concepção de ordem representava um papel fundamental. A noção de privilégio se encontrava profundamente inserida em seu interior, de forma que era extremamente difícil atingir o ideal de um Direito mais igualitário.⁷⁰⁰

Todos esses fatores vão servir de modo contundente e suficiente a culminar na vigência do movimento codificador. Deste, seus principais expoentes que vão influenciar, entre os séculos XIX e XX, toda a geração de países fundados sob as bases do *Common Law*, nascem na França, com a vigência do código civil (1804) e do código comercial (1807), e na Alemanha, com o código civil (1896).⁷⁰¹

Cada qual se mostra enquanto o ápice do movimento codificador, pois foi o primeiro momento em que se reuniu um grupo de estudiosos cuja finalidade era efetivamente construir normas acopladas num corpo único e sistemático, do qual a

⁶⁹⁷ CAENEGEM, op. cit.

⁶⁹⁸ HEMÁTRIO, Jaciara Guimarães Rosa. **Evolução histórica do direito comercial**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, v.1, n.1. Minas Gerais, 2017.

⁶⁹⁹ Acerca dessa condição é interessante ressaltar o posicionamento de Fábio Siebeneichler de Andrade (1997), pois ele nos presenteia com a exposição de que, nesse período, havia uma “pluralidade de jurisdições”, pois elas se repartiam com base na condição classista de cada uma das pessoas, portanto, pode-se apontar a mínima existência de uma jurisdição diversa para as pessoas componentes da classe do clero, para o soberano e para os vassallos; bem como, para os comerciantes e diversos outros.

⁷⁰⁰ ANDRADE, op. cit., p.53.

⁷⁰¹ CAENEGEM, op. cit.

finalidade era criar a unicidade do sistema jurídica e social que rege determinada sociedade.⁷⁰²

Portanto, a codificação, enquanto um movimento “revolucionário”⁷⁰³ se inicia logo após a Revolução Francesa, propagando-se sob os auspícios de formatar e construir um arcabouço propício à unificação em conjunto com a unicidade e a sistemática demandada por cada sociedade.⁷⁰⁴

Outro fator primordial propagado por esse movimento se espalha na racionalidade. Ou seja, a racionalidade tem como base a aplicação das normas, todavia, essa imposição passará a ter como base: o momento da ação e o ato que foi praticado. Conseqüentemente, as normas passam a agregar um valor de ciência social, pois em conformidade com as ações praticadas pela sociedade; por outro lado cabia ao aplicador da norma o abandono às outrora “legislações” da época, como as leis da natureza e as leis divinas.⁷⁰⁵

O movimento codificador se tornará um dos maiores influenciadores da ciência do Direito, primeiro por defender a unificação social através da vigência de um sistema, após, por fazer valer a aplicabilidade do fator racionalidade ante os casos práticos e, pela sua condição de portar uma mudança de estrutura.⁷⁰⁶

Considerando o fato de o vocábulo “codificação” estar concatenado com a ideia de movimento é preciso analisar, em complemento, a sua materialização através da vigência do código, bem como, demonstrar por qual motivo as compilações não se amoldam a esse movimento.⁷⁰⁷

Assim, é interessante ressaltar o posicionamento e a compreensão de Mário Luiz Delgado⁷⁰⁸, pois em sua abordagem ele nos agracia com uma observação acerca da diferença entre as normas utilizadas pelos povos antigos e os Códigos modernos. Em sua visão, apesar dos povos antigos serem regidos por “códigos”,

⁷⁰² ANDRADE, op. cit., p.77.

⁷⁰³ O uso do termo guarda relação não com o sentido de ser revolucionário, de necessariamente criar um conflito e dele sobrevir um conglomerado de normas. Neste trabalho essa expressão serve apenas enquanto condição que prenota o rompimento de um paradigma, pois a vigência dos Códigos e do movimento codificador foi uma total mudança e observação, legislação, interpretação, racionalidade e aplicação das normas.

⁷⁰⁴ DELGADO, op. cit.

⁷⁰⁵ ANDRADE, op. cit.

⁷⁰⁶ DELGADO, op. cit.

⁷⁰⁷ Ibid.

⁷⁰⁸ Ibid.

esses, em sua natureza, não eram exatamente uma codificação fundada frente uma técnica legislativa aprimorada e a existência de uma ideologia unificadora e sistematizada com a finalidade de romper com determinado momento e iniciar outro. Logo, apenas condensavam a ideia de manter e controlar formulando meras compilações das leis regentes.

No mesmo sentido, pertinente apontar o posicionamento de Pio Caroni⁷⁰⁹, para quem o código, pode ser dividido em três apontamentos específicos, fato que o torna diferente e diverso das outras compilações propugnadas no passado.

Primeiro, há o fato de o Código não ser apenas uma reunião escrita de normas positivadas, ou seja, ele não buscava unicamente reunir todos os ordenamentos existentes, ao contrário, seu conteúdo será voltado para uma matéria específica.⁷¹⁰

Segundo, a sua existência busca e aspira sempre à plenitude, pois agregará todos os fatores e valores existentes no contexto macro daquelas normas. E, terceiro, possui a função unificadora.⁷¹¹

Portanto, segundo o entendimento extraído do posicionamento do referido autor, pode-se determinar o Código enquanto uma coleção de regras voltadas à uma mesma matéria (ou temática), cuja finalidade e aspiração é constituir a completude dos diversos níveis existentes em suas matérias, podendo assim, controlar e governar todos aqueles inúmeros pontos específicos por meio da sua unificação em um mecanismo geral.

Essa consideração e ideia se deve ao fato de o código comportar em seu interior a concepção de mudança, de inovação, de rompimento, ou seja, haverá uma observação da sociedade e da sua atual condição no momento de construção e formulação daquele instrumento legal. Lado contrário, a consolidação agrupa em si o sentido do conservadorismo, pois, cuida apenas de reunir diversas normas esparsas em um único livro, não busca observar, raciocinar e construir. Seu objetivo é facilitar e conservar.⁷¹²

⁷⁰⁹ CARONI, Pio. **Lecciones de historia de la codificación**. Edición de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

⁷¹⁰ Ibid.

⁷¹¹ Ibid.

⁷¹² DELGADO, op. cit.

Ademais, para o Direito Comercial a vigência do primeiro Código Comercial, também precursor do movimento codificador, se mostrou enquanto o mecanismo primordial frente ao respeito, a segurança jurídica para os comerciantes e a primazia da exímia independência desta ciência, pois foi o fator primordial a concretizar, fundamentar e recrudescer sua condição sistemática e unitária de um conjunto legal e social a ser compreendido como ciência.⁷¹³

Portanto, acerca desse primeiro momento é premente apontar a concepção da codificação enquanto imprescindível, pois surgiu em razão das demandas sociais; ou seja, surgiu com a finalidade de regular e ordenar as ações e determinações sociais através de normas aplicadas frente o Direito (fator objetivo), enquanto, essa construção normativa, seu desenvolvimento, sua valoração e discussão serão ventiladas e pautadas tendo em vista a ciência do Direito (fator subjetivo).⁷¹⁴

Logo, apesar de se constituírem em concepções dispares são pressupostos conjuntos, pois um atua em auxílio no desenvolvimento e momento de mutabilidade do outro. Assim, o código pretende criar algo novo, utilizando o desenvolvimento e o atual Estado nacional para tanto, além de ter respaldo naquilo que deve ser construído e materialmente efetivado.

Nesse espeque, segundo Ricardo Lorenzetti⁷¹⁵, condecora-se o fator de ser o código sinônimo de segurança jurídica, por intermédio do qual “se traduz em uma sequência ordenada de artigos”, contudo, o autor pode ser erroneamente interpretado quando declara, ao final de sua afirmação, que “a imutabilidade é uma de suas características essenciais; não se pode alterar uma parte sem mudar o todo”.

Sob esse enfoque é possível advir interpretações cuja consideração determina o código como algo lei engessado, uma prisão de normas imutáveis, pois está sistematicamente interligado em todos os seus pontos; conseqüentemente para alterar ou emendar um de seus artigos é preciso realizar um novo código⁷¹⁶. Essa visão se mostra inadequada no presente momento da sociedade brasileira e no período hodierno⁷¹⁷.

⁷¹³ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁷¹⁴ BOBBIO, op. cit. 1995.

⁷¹⁵ LORENZETTI, op. cit., p.42.

⁷¹⁶ Ibid.

⁷¹⁷ Interessante ressaltar que no seu auge um dos ideais do movimento codificador era o engessamento e a supremacia apenas dos códigos, não se consagrava ou defendia a necessidade de outras normas

Mas, então, qual a real finalidade do código? Nesse sentido propõe-se o fato de o código ser sim algo imutável, contudo, esse fator está ligado à sua importância e primazia no ordenamento jurídico. Assim, ele deve ser interpretado como sendo o centro gravitacional do qual emanam normas gerais com a finalidade de nortear a aplicabilidade das normas esparsas que realizam um tratamento mais apurado de outras matérias. A dificuldade em se alterar as suas matérias reside na sua primazia e centralidade, afinal ele rege a integralidade dos atos realizados. Assim, a norma contida naquele código que é a base de todas as outras deve ser revestida de uma proteção mais densa.⁷¹⁸

Uma legislação mutável e facilmente alterável é totalmente evitada de insegurança jurídica, de incertezas e desprestígio. Em desatino, torna as pessoas temerosas e totalmente reféns da vontade do Poder Legislativo, enquanto ele também precisa de freios que não lhe permitam legislar apenas em sua própria e egoística vontade.⁷¹⁹

Por isso, agrupando o pensamento de Mário Luiz Delgado⁷²⁰ e Pio Caroni⁷²¹, o código deve ser um agrupamento sistematizado, sob os auspícios de que a sua finalidade é formar um sistema. Esse sistema, por sua vez, concentra a função de estruturar determinado ramo do direito na intenção de formar uma organicidade com suas inúmeras partes, ainda que elas estejam esparsas ou jogadas; logo, a sua vigência buscará unificar e ligar essas partes unitárias para que não possam vir a ser afastadas.

Acerca do período e do desenvolvimento da codificação o Brasil não ficou sobrestado, apesar de ter ingressado de fato nos “jogos de poder” apenas após a sua independência. Entretanto, no primeiro capítulo abordou-se o fato de que a primeira legislação a cuidar da colônia portuguesa foram as Ordenações do Reino.⁷²²

Contudo, logo após a independência já houve a necessidade e premência de uma codificação. Assim, ante a demanda por agilidade, no âmbito civil, houve a

a regular ou esmiuçar determinadas matérias, o código era o único e imprescindível centro de norma gravitacional e nada haveria fora dele. Todavia, com a crise da descodificação essa ideia será reestruturada em razão do movimento recodificador (LORENZETTI, op. cit).

⁷¹⁸ ANDRADE, op. cit.

⁷¹⁹ BOBBIO, op. cit., 1995.

⁷²⁰ DELGADO, op. cit.

⁷²¹ CARONI, op. cit., 2013.

⁷²² CAENEGEM, op. cit.

promulgação de uma Consolidação das Leis Civis outrora existentes, com o intuito de trazer maior clareza e facilidade ao aplicador da norma. Assim, formulada e organizada por Augusto Teixeira de Freitas, essa consolidação foi entregue e se tornou vigente no ano de 1858.⁷²³

Desde os primórdios da sociedade brasileira o âmbito econômico e o desenvolvimento comercial se mostraram uma das maiores preocupações. Frente essa questão tão premente houve a junção de um grupo ao qual restou o encargo de elaborar o Projeto de um Código Comercial, o qual foi votado e ganhou vigência no ano de 1850.⁷²⁴

Todavia, a sociedade clamava por mudanças estruturais e fundamentais no âmbito civil. Assim, após apresentar a consolidação se abriu o caminho para a contratação de seu construtor e idealizador, Augusto Teixeira de Freitas, como o redator de um projeto para o Código Civil. Ocorre que durante o transcurso de seu trabalho inúmeras ideias se mostravam incompatíveis com a administração do Governo Imperial, fato que desaguou em uma rescisão contratual junto com a entrega incompleta do referido projeto.⁷²⁵

Interessante ressaltar que dentre as inúmeras incompatibilidades de ideias existentes entre contratante e contratado, Teixeira de Freitas buscava e tinha o intuito de reunir em um único código questões comerciais e civis, tentativa contrária aos anseios do Governo Imperial, pois este buscava manter a separação entre esses dois institutos.⁷²⁶ Portanto, ele é considerado pela doutrina⁷²⁷ como o primeiro a defender o agrupamento desses dois ramos díspares do Direito Privado.

O esforço e a tentativa de sistematizar e formular um esboço efetivo e contundente de normas civis com capacidade de se adequar ao momento político, econômico e social da Nação, demandou um incessante empenho por parte de seus defensores. Contudo, apenas no ano de 1916, houve a efetiva promulgação e vigência

⁷²³ DELGADO, op. cit.

⁷²⁴ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁷²⁵ DELGADO, op. cit.

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ Nesse sentido é o entendimento de alguns autores como, Mário Luiz Delgado (2011), Waldemar Ferreira (1954), Fábio Ulhoa Coelho (2016), Cássio Cavalli (2012) e Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1989).

do primeiro Código Civil Brasileiro totalmente influenciado pela ideologia do Código Civil de Napoleão.⁷²⁸

Acerca do Código Civil de 1916 vale atenção ao posicionamento que Orlando Gomes⁷²⁹ traz em sua obra quando aponta sobre como aquela lei refletiu exatamente o momento social:

Contudo, a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, nos quais, como observa Castan, não dá mostras de um espírito tão radical como o de outras legislações americanas, pois conserva o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador.

Isso se deve ao fato de o Código ser a manifestação da ideologia social emanada pela sociedade, portanto, não é objetivo da legislação codificar questões ainda em discussão ou ainda imaturas no seio social e jurídico. Sua finalidade concreta “não é romper paradigmas, mas, ao contrário, cristalizar, clarificar, por meio da sistematização, aquilo que já é, de certa forma, aceito e praticado por uma dada sociedade”⁷³⁰. Não cabe ao código inovar ou criar uma novidade, ao contrário cabe a ele materializar uma prática.

Dessa forma, cada abordagem e citação no Código deverá ser um ponto da matéria outrora maturada e exaurida em suas condições controversas. Isso ocorre, pois a colocação ou inserção de matérias passíveis de controvérsia, – consideradas, assim, aquelas ainda imaturas e pouco discutidas no âmbito social, jurídico e político – se amoldam enquanto apontamentos desestabilizantes e passíveis de causar revoltas populares.⁷³¹

Ademais, essas condições se mostram totalmente contrárias à finalidade e objetivo de um Código, pois rompem com o fator segurança jurídica, sistematização, organicidade e unicidade.

Entretanto, apesar da supremacia do movimento codificador o qual atribuiu o valor supremo aos códigos enquanto norma imanente e central houve a questão da

⁷²⁸ DELGADO, op. cit.

⁷²⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.13.

⁷³⁰ DELGADO, op. cit., p. 206.

⁷³¹ Ibid.

“imutabilidade” destes ordenamentos. Eles acabam revestidos enquanto um conglomerado de difícil mutabilidade o qual deve perpassar por um procedimento legislativo complexo, burocrático e extenuante; essa perspectiva, por sua vez, está amoldada ao entendimento de Ricardo Lorenzetti⁷³².

Por essa razão, algumas matérias que demandam uma rápida e clara regulamentação vão ser legisladas por leis esparsas. Todavia, em meados do século XX, ante a facilidade de promulgação dessas leis elas começaram a se tornar regra geral, ou seja, era mais fácil e oportuno, modificar e propugnar uma nova lei do que organizar e propor uma reforma ou mudança do código em sua integralidade.⁷³³

Assim, seguindo a ideia de Mário Luiz Delgado⁷³⁴, referida possibilidade, após a vigência do movimento codificador, desaguou em uma contínua e crescente existência de inúmeras normas esparsas. Essa abundância legislativa promove uma contundente crise nas fontes de inúmeros ramos do Direito, pois dispersa as questões e discussões em total confronto e rompimento da supremacia dos códigos imanescentes, além de atentar contra a sistematicidade e unicidade destes.

O autor ainda complementa ao apontar que esse acúmulo de normas esparsas e esgarçadas pela sociedade, principalmente em virtude das mudanças políticas, econômicas, sociais, tributárias, culturais e tecnológicas, dentre outros, resultam na existência disruptiva e problemática de contradições, conflitos e antinomias dentre as mais diversas espécies de normas vigentes.

Conseqüentemente, na visão do autor, não se tem mais a inequívoca certeza de qual norma será aplicada ou do modo como a jurisprudência aceitará esta ou aquela legislação, uma vez que todas estão vigentes e, conseqüentemente, são válidas, mesmo com determinações conflitantes.

No concernente às antinomias, Maria Helena Diniz⁷³⁵ nos ensina que elas podem sustentar o fato da data de vigência para determinar o princípio acerca do qual a lei nova derroga a lei posterior, contudo, Mário Luiz Delgado⁷³⁶ reforça o fator de

⁷³² LORENZETTI, op. cit.

⁷³³ ANDRADE, op. cit.

⁷³⁴ DELGADO, op. cit.

⁷³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁷³⁶ DELGADO, op. cit.

essa suscetibilidade de normas contraditórias e vigentes rompem a segurança jurídica, bem como prejudicam a confiança no sistema legislativo e jurídico.

Nesse espeque, ante as ideias apresentadas, pode-se compreender que a supremacia do movimento codificador outrora avençado após a vigência do *Code Commercial* vai perdendo sua eficiência. O Código se mantém enquanto norma de organização sistemática, todavia se torna dependente de complementações, ou seja, de normas complementares que vão suprir aquela falta ou obsolência em seu interior. Entretanto, devido à dificuldade em reformá-lo e a demanda por mudanças urgentes ganha espaço as legislações especiais, dessa forma, com o avançar contínuo do tempo ele acabará se tornando total e completamente remendado.

Frente essa fragmentação que propagava uma crise das fontes, em pleno século XX, surge Natalino Irti enquanto percussor e idealizador do movimento cuja finalidade é a defesa da descodificação do Direito. Para o doutrinador o código perde a sua condição de centro uno, indivisível e sistemático, de modo que a supressão de inúmeras normas esparsas rompe com o ideal por trás daquele, dando vez.⁷³⁷

Dessa forma, Mário Luiz Delgado⁷³⁸ define que segundo referido pensador italiano, os códigos perderam a sua centralidade e austeridade, se resumiam em “meros restos” daquilo que não estava sendo alocado nas diversas normas especiais. Ademais, Natalino Irti, defendia que as normas especiais tomaram para si a condição primordial e essencial do polo daquele direito outrora fundamentado e instruído na corporificação do código.

As leis esparsas ganham um sentido de primordiais e essenciais enquanto os códigos se tornam sinônimo de ponto arcaico, abandonado e residual, ou seja, esse novo movimento passará a defender a inexistência da unicidade normativa a qual denominamos código. Momento esse a ser denominado pela doutrina, e formulado por Natalino Irti, como a “Era da Descodificação”.⁷³⁹

Primordial ressaltar que quando Natalino Irti propõe a teoria da descodificação o momento do Estado era o final da Segunda Guerra Mundial. Esse

⁷³⁷ TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, **constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil?** Revista de Direito Privado, RT. v.27, p.223 - 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁷³⁸ DELGADO, op. cit.

⁷³⁹ IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. Diritto e Società, n. 03-4, p. 613 e seg., 1978.

período de reconstrução demanda maior concentração e controle de poder, primeiro pela necessidade de reestruturação da sociedade, das moradias, das localidades; da ordem, do progresso, das inovações, do comércio e da economia. Além disso, o Código Civil perde a sua centralidade enquanto norma fundamental.⁷⁴⁰

Também era preciso retardar a atuação do ente supremo, o Estado, pois cabe a ele, no intuito de soerguer a sociedade, permitir maior participação dos particulares e dos detentores de capital. Nesse sentido, defender a descodificação era condição mais pertinente à retirada do excesso de poder das mãos do Estado e garantia de maior liberdade para os particulares e a comunidade internacional.⁷⁴¹

De modo contrário, como bem ressalta Mário Luiz Delgado⁷⁴², o Estado, ao final de 1945, não é o mesmo do atual século XXI. Outro fator pertinente à busca pela manutenção da descodificação guarda relação direta com a vigência das Constituições, pois essas demandavam mudanças, novos posicionamentos, promulgavam novos princípios e novos direitos. Determinavam inovações em conjunto com garantias humanas e sociais. Todos esses fatores passam a contribuir com a densa vigência de normas esparsas pela facilidade em sua promulgação.

Portanto, seguindo a ideia do supramencionado autor, as normas das leis específicas e dos códigos acabaram se mostrando conflitantes, desconhecidas e/ou esparsas; se tornou tarefa árdua e maçante determinar ao certo qual legislação deveria ser efetivamente utilizada. Logo, em razão do momento político, social e econômico, coube a defesa e ascensão da imperatividade das normas esparsas enquanto transmutação máxima do movimento codificador, pois elas regulavam extenuantemente toda matéria sob sua ordenação além de se adequarem às novas determinações Constitucionais.

Enquanto ponto central do ordenamento jurídico, o código se tornou obsoleto e antiquado, era continuamente abandonado após a sobrevivência da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico. Isso ocorria, pois as especificidades constitucionais inovaram frente à regência dos princípios e da sua

⁷⁴⁰ Ibid.

⁷⁴¹ TIMM, op. cit.

⁷⁴² DELGADO, op. cit.

imperatividade enquanto mandamentos de otimização para a interpretação e aplicabilidade dos códigos.⁷⁴³

Todavia, apesar desse momento descodificador dominado, em parte, pela preeminência das Constituições a tese do italiano Natalino Irti não terá regência. As contínuas mutabilidades estruturais e sociais, bem como a crise das fontes que acarreta na dispersão de legislações esparsas, juntamente com a quebra da sistematicidade e unicidade se revestem enquanto o substrato fundamental para a defesa, alteração e continuidade dos códigos.⁷⁴⁴

De modo que, se é certo que a constituição alcançou uma primazia, esta se deu em nível dos princípios. A constituição em si não elimina a função, nem a razão de ser dos códigos. Estes, por excelência, são muito mais estáveis que as constituições. Além disso, ao contrário dos princípios constitucionais, o Código constitui um sistema, apto, portanto, a contribuir para a ordenação do sistema jurídico.⁷⁴⁵

Seguindo a ideia de Mário Luiz Delgado⁷⁴⁶, Luciano Timm⁷⁴⁷ e Fábio de Andrade⁷⁴⁸, aponta-se que no desencadear de nova crise, além da crescente demanda por mudança estrutural o ordenamento jurídico e a prática legislativa vão se encaminhar em sentido contrário à tese da descodificação.

Assim, entende-se pelo apresentado na visão dos mencionados autores, que ao invés de rechaçar e abandonar os Códigos, estes passaram a ser reformados e reestruturados no intuito de trazer para junto de si as principais questões (pontos gerais). Em contrapartida, restava às normas esparsas apenas as determinações das questões mais minuciosas (leis especiais), tendo sempre em voga o intuito de manter a sistematicidade, unicidade e organicidade.

O código – com uma concepção diversa daquela veiculada no período oitocentista – volta a ser o centro vital das normas.

O pensamento codificado se baseia no silogismo: o Código é uma lei geral; a lei especial e a sentença são uma especificação para casos concretos. A

⁷⁴³ TIMM, op. cit.

⁷⁴⁴ DELGADO, op. cit.

⁷⁴⁵ ANDRADE, op. cit., p.128.

⁷⁴⁶ DELGADO, op. cit.

⁷⁴⁷ TIMM, op. cit.

⁷⁴⁸ ANDRADE, op. cit.

relação entre a lei geral e a especial se baseia em que ambas compartilham um mesmo pressuposto de fato, mais recortado no segundo. O gênero e a espécie são o modelo hermenêutico.⁷⁴⁹

Referido momento será denominado como recodificador. A finalidade desse terceiro período não está em formular uma nova codificação sob os auspícios e mesmos ideais fundantes das primeiras codificações oitocentistas, ao contrário, seu objetivo maior é o de reagrupar as matérias tratadas de modo individual nas leis esparsas em um único Código sistemático e centralizador. Contudo, frente essa reforma algumas leis especiais são sugadas para a estrutura dos novos códigos, enquanto as outras se tornam mero prolongamento da legislação. Tudo dependerá da matéria tratada.⁷⁵⁰

Igualmente, caberá ao Poder Legislativo cuidar para que a técnica legislativa se torne mais apurada e esteja em conformidade com a generalidade dos Códigos centrais, na busca por evitar e rechaçar as possíveis antinomias do ordenamento jurídico.

Enquanto expoentes desse período recodificador pode-se citar a reforma realizada o BGB em meados de 2001 e o próprio Código Civil Brasileiro o qual (re)aglutinou em sua sistemática “matérias antes inteiramente reguladas na legislação especial, como é o caso do condomínio edilício, da união estável, da alienação fiduciária[...]”, outrossim, englobou e colacionar a generalidade de questões já tratadas em leis especiais, tomemos como exemplo as sociedade anônimas, referida nos artigos 1.088 e 1.099, mas esmiuçadas em lei especial.⁷⁵¹

Há de se ressaltar o fato de a recodificação não ser ou guardar os mesmos objetivos que a codificação. Frente o primeiro haverá apenas a atuação de uma força centrípeta a qual vai buscar aglutinar e condensar – trazer para junto de si – todas as leis esparsas acerca daquela matéria, ou seja, já existe um código que vai servir de centro vital, de “bússola”⁷⁵² para nortear a aplicação das leis especiais. Por outro lado, o segundo é um movimento inovador cuja finalidade é criar, dar vida a uma

⁷⁴⁹ LORENZETTI, op. cit., p.59.

⁷⁵⁰ ANDRADE, op. cit.

⁷⁵¹ DELGADO, op. cit., p. 248

⁷⁵² Termo formulado por João António Garrett (op. cit.) em sua tese de doutorado.

codificação; neste não há um código, assim, ele será criado para comportar e tratar a integralidade das matérias.⁷⁵³

Portanto, recodificar é totalmente diverso de revolucionar. Recodificar é uma conjunção da ruptura dos atos passados com a permanência dos atos comumente aceitos na sociedade hodierna; não cabe á recodificação ser revolucionária, sua finalidade é reunir as questões ideológicas e a aceitação social em um único corpo normativo cujo intuito é evitar a perca da unicidade sistemática do código enquanto centro gravitacional da força.⁷⁵⁴

A recodificação, portanto, é mais limitada do que a codificação original que inovara completamente o Direito anterior. O foco do movimento recodificador não é, necessariamente, criar *Direito novo*. Recodificar, de certa forma, é “chamar o feito à ordem”, reinserindo em um corpo normativo mais ou menos coeso, regras e princípios novos que se dispersam com o evoluir da sociedade.⁷⁵⁵

A crise das fontes é uma das principais causas advindas em razão da dispersão legislativa da descodificação, bem como em razão das alterações sociais. Como consequência o sistema jurídico-social clamará por uma mudança estrutural (recodificação) capaz de sistematizar e unificar todos os pontos dispersos daquele mesmo conjunto.⁷⁵⁶

Portanto, a necessidade de recodificar advém como sinônimo de reaglutinar, condensar. Pois, com a descodificação inúmeras leis esparsas restaram exortadas à crença de ser independente, um micro sistema autônomo, todavia, não o são.⁷⁵⁷

Consequentemente, não cabe um abandono e derrocada da codificação, é ela o emplastro e a subsistência da unicidade do sistema jurídico no qual há “uma distribuição de competência que tem ou busca um equilíbrio entre as distintas partes, de tal sorte que seja possível a convivência” harmônica de uma norma para com a outra; enquanto “a hiper especialização o desequilibra, conduzindo-o à ineficiência”.⁷⁵⁸

⁷⁵³ DELGADO, op. cit.

⁷⁵⁴ Ibid.

⁷⁵⁵ Ibid, p.260.

⁷⁵⁶ TIMM, op. cit.

⁷⁵⁷ Ibid.

⁷⁵⁸ LORENZETTI, op. cit., p.113.

Portanto, seguindo a ideia do próprio Natalino Irti⁷⁵⁹ que mudou sua percepção acerca dos Códigos, aponta-se que ante o transcorrer desse movimento codificador houve a percepção de que os códigos são categorias históricas em constante mudança (codificação, descodificação e recodificação), por isso, não deixariam de existir, ao contrário, seriam mantidos enquanto centro vital junto ao qual toda e qualquer norma especial deve estar atinente, de monta que em alguns casos o próprio código agregou inúmeras condutas previstas em normas especiais.

Igualmente, ante o raciocínio apresentado, entende-se a necessidade de discorrer sobre outro fator no esteio da formação de um código: a sua matéria. Nem todo Código comporta ou trata acerca das mesmas matérias ou relaciona o mesmo conteúdo, conseqüentemente, nem toda mudança de direitos e deveres vai afetar ao mesmo tempo e com o mesmo grau de intensidade todos os ramos do Direito.

Algumas mudanças como a sobrevivência de Direitos Humanos demandam uma mudança na grande parte estrutural do ordenamento jurídico. Todavia, uma crise da ordem ou mudança tributária pode não ocasionar uma alteração estrutural noutros códigos, como por exemplo, o trabalhista.⁷⁶⁰

Em razão da conexão e da interdisciplinaridade entre os ramos do Direito pode acontecer de mudanças influírem em outros ramos e causar alguma alteração, mas são apenas reflexos e não condições próprias daquela matéria. Contudo, algumas mudanças, como a o advento do Código Civil, em 2002, descodificou e prejudicou o Direito Comercial, pois aglutinou partes e questões próprias de outro ramo do Direito.

Após a explanação acerca da existência do movimento codificador por meio da qual observamos a codificação, da possível descodificação e da vigência do período recodificador em total defesa e manutenção dos códigos enquanto mecanismo primordial e central ao redor do qual gravitam seus micro sistemas sendo a ele dependentes; cabe, em sequência, trazer a fundamentação de como a codificação se relaciona com a autonomia e qual a importância e relação existente entre esses institutos para a vigência, continuidade e reflorescer do Direito Comercial.

⁷⁵⁹ IRTI, Natalino. **I cinquant'anni del codice civile**. Rivista di Diritto Civile, n. 03, p. 227 e seg., 1992.

⁷⁶⁰ DELGADO, op. cit.

4.1.1 O paralelo entre codificação e autonomia

Neste segundo momento é imprescindível abordar a questão ventilada e trabalhada na construção e discussão do segundo capítulo, pois através dele se tratou e construiu exatamente a evolução e vigência da autonomia do Direito Comercial. Demonstrou se como a independência dos ramos do Direito são um componente fundamental e quais os fatores e momentos que os elevam a tal condição no ordenamento jurídico brasileiro.

Frente essa colocação é imanente apontar o fato de a autonomia, especialmente a autonomia legislativa, estar relacionada a existência de normas específicas, seja por meio de legislações especiais ou por meio de um código. Portanto, são institutos conjuntos donde um acaba por influenciar diretamente na existência do outro; funcionam de modo paralelo.⁷⁶¹

No presente momento, o ordenamento jurídico brasileiro está sendo reestruturado e reordenado em conformidade com os ideais do movimento recodificador. Esse primeiro passo foi realizado no ano de 2002, quando houve a promulgação do Código Civil, o qual aglutinou diversas matérias.

Outros ramos jurídicos, como: o previdenciário, o trabalhista, o processual e o penal, se modificaram ou vêm, paulatinamente, demandando reformas e reagrupamentos. Tanto em razão do excesso de leis esparsas, as quais se distanciam e parecem englobar a condição de independência em face das normas gerais, tanto em face da dispersão das fontes donde brotam os ideais daquela legislação.⁷⁶²

Assim ocorreu com o Direito Comercial quando do seu primeiro momento: a vigência do comerciante que deveria estar inscrito nas Corporações de Ofício para poder se submeter à jurisdição especial da classe dos comerciantes, pois naquele momento havia uma segregação classista.⁷⁶³ O desenvolver da sociedade causa evoluções e mutabilidade social., assim, após a vigência das Corporações de Ofício, as normas comerciais passaram a se tornar diferente com base no local onde o comerciante se encontrava, muitas vezes dentro do próprio país. Junto a essa falta de

⁷⁶¹ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁷⁶² TIMM, op. cit.

⁷⁶³ FERREIRA, op. cit., 1954.

segurança jurídica, sobreveio a dispersão de inúmeras normas e do conflito de jurisdições. Em pouco tempo, os comerciantes exigiam mudanças.⁷⁶⁴

Diversos fatores, além de suas fontes (normas e princípios), se esvaíam e eram esgarçados, portanto, sobreveio o seu segundo momento, quando houve a codificação de Napoleão Bonaparte (*Code comercial*), a qual deu vida à teoria dos atos de comércio enquanto polo central de cuidado e resguardo da atividade comercial. Passa-se a ter como foco a atividade exercida.⁷⁶⁵

Por fim, após a contínua utilização e aplicabilidade das normas do Código Comercial de Napoleão sobreveio a mudança até mesmo do seu polo central de estudo, qual seja, os atos de comércio foram suplantados pela teoria da empresa de Asquini, em 1942. Período de descodificação do Direito Comercial, pois suas normas passaram a ser continuamente esparsas em abandono e descaso para com o Código Comercial.⁷⁶⁶

Importante ressaltar o fato de a ideologia por trás dos atos de comércio ter regido boa parte dos continentes por, aproximadamente, mais de 100 (cem) anos. No continente brasileiro, por exemplo, o Código Comercial, datado de 1850, regeu sob a égide da teoria dos atos de comércio por exatamente 152 (cento e cinquenta e dois anos), sendo suplantado pela teoria da empresa apenas no ano de 2002, quando sobreveio a reforma do Código Civil Brasileiro e ele deu vazão à ideologia de unificação do Direito Privado.

Daí sobrevém o apontamento e a ideia de o código ser imutável, por sua condição de durabilidade. O código, quando bem estruturado e trabalhado condiciona matérias que superam a barreira do espaço-tempo.⁷⁶⁷

Ele se mostra geral, pois prevê questões em conformidade com as necessidades gerais demandadas pelas matérias nele acondicionada, enquanto as normas específicas vão esmiuçar as matérias que demandem minúcias. Conseqüentemente, essa vivência conjunta permite a durabilidade do código, gera confiança nas normas, no Estado e recrudescer a segurança jurídica.⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ COELHO, op. cit., 2016.

⁷⁶⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁷⁶⁶ COELHO, op. cit., 2012

⁷⁶⁷ LORENZETTI, op. cit.

⁷⁶⁸ ANDRADE, op. cit.

Como bem se denota, a codificação, em países regidos pelo *Civil Law*, exige a vigência e regência de normas positivadas, pois são elas que determinam o que, como, quando e onde deve ou não ser realizado. Ou seja, é a estrutura lógica e hierárquica dessas normas que vão unificar esse ordenamento, pois uma norma está em conformidade com a outra; coerente, pois as normas são aplicadas entre si, cada qual cuidando de uma única matéria em âmbito geral e específico e, completo, todas as normas funcionam em uma unicidade sistêmica do qual há um meio ou modo de solucionar determinado litígio. As lacunas são uma possibilidade, por isso a importância em prever como elas são ou podem vir a ser supridas.⁷⁶⁹

Um fato imanente, como bem ressaltado por João António Garrett⁷⁷⁰, é que os Códigos já nascem com lacunas em sua estrutura, por isso, no momento presente, eles não devem mais concentrar a ideia de tudo dizer, tudo dispor e tudo prever. Nessa nova visão moderna, cabe aos Códigos apenas tratar sobre os aspectos gerais, enquanto os pontos específicos e facilmente mutáveis da matéria ficam restritos às leis especiais.⁷⁷¹

Ademais, importante ressaltar que nos países de *Civil Law* é a vigência do Código que estipula e determina o modo como os juízes devem agir na interpretação das normas, ou seja, o Poder Judiciário vai aplicar a norma conforme as determinações vigentes na norma postulada, conseqüentemente, a importância do Código é o caminho para a construção da segurança jurídica.⁷⁷²

Portanto, a vigência de um ordenamento uno, coerente e sistemático, demanda a existência de uma corporificação normativa que concentre e aglutine essas mesmas condições. Assim, a codificação precisa estar alinhada com o ordenamento jurídico, com os posicionamentos jurídicos, com a sociedade, com a economia, com todo o conjunto social.⁷⁷³

De outro mote, a existência de um Código, embora não seja indispensável para a consagração da autonomia – mesmo a legislativa – de um determinado ramo do Direito, se mostra fundamental para que de fato essa autonomia seja robusta e

⁷⁶⁹ DELGADO, op. cit.

⁷⁷⁰ GARRETT, op. cit.

⁷⁷¹ Ressalta-se que esse posicionamento também é o mesmo discorrido por Fábio Siebeneichler de Andrade (1997) e por Paulo Roberto Colombo Arnoldi (1998 e 1989).

⁷⁷² Ibid.

⁷⁷³ DELGADO, op. cit.

fortificante.⁷⁷⁴ A autonomia enquanto a vivência (espaço-tempo) de determinado ramo, cujo resultado é a codificação, condição que o reveste de autoridade, exclusividade e imperiosidade.⁷⁷⁵

[...] la exclusividad sería el rasgo más genuino y, por consiguiente, el que mejor define el derecho encerrado en el código; un rasgo formal, como puede verse, porque no remite al contenido concreto de las normas jurídicas, no exige su confrontación con reglas más remotas o sancionadas por legislaciones extranjeras. Apunta más bien a otra cosa: al valor de una regla, a la consistencia de su fuerza, a la intensidad de su alcance, al lugar que ocupa concretamente en una sociedad. En una palabra: a su autoridad.⁷⁷⁶

Em que pese o instituto da autonomia seja o gênero do qual suas espécies são: a autonomia didática, a autonomia formal (ou legislativa) e a autonomia substancial (científica ou jurídica) é a segunda espécie que torna determinado ramo efetivamente robusto e contundente. Ela impõe credibilidade e confiança, pois demonstra a preocupação mais ferrenha para aquele ramo e seu estudo enquanto ciência jurídica.⁷⁷⁷

Logo, a vigência de um código, é o emplastro fundamental e contundente que engloba e restringe aquela matéria, seja ela privada ou pública. Assim, a codificação permite o aperfeiçoamento e a busca crescente por mudanças e compreensão dos aspectos subjetivos que servem de substância para a formulação das normas gerais apostas naquele código, bem como, ramifica o diálogo daquele para com as normas especiais a serem tratadas em outras leis minuciosas.⁷⁷⁸

Pero ¿que significa exactamente “autonomía normativa y reguladora”? En esencia, dos cosas. En primer lugar, que los dos códigos, si bien están in-cardinados en el mismo ordenamiento jurídico y radicados en una común realidad política y social (sancionados ambos por el mismo Estado y destinados a organizar la misma sociedad), ya no regulan –como quizá ya se había entendido– la misma materia desde observatorios diferentes, sino que se enfrentan a temáticas distintas. E intentan resolverlas formulando las reglas específicas exigidas por la peculiaridad de las respectivas situaciones. En segundo lugar, que al hacerlo se atienen a las opciones reguladoras, esto

⁷⁷⁴ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁷⁷⁵ CARONI, Pio. **Escritos de La codificación**. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

⁷⁷⁶ CARONI, op. cit., 2012, p. 275-276.

⁷⁷⁷ ROCCO, op. cit.

⁷⁷⁸ ARNOLDI, op. cit., 1989.

es, a los métodos sugeridos en concreto (por no decir impuestos) por la especificidad de la materia y la finalidad de la intervención.⁷⁷⁹

Nos resta evidente que há uma opção clara pela autonomia do Direito Comercial, na sua manifestação mais visível de dualidade de códigos. Autonomia que irradia da “categoria fundante” da empresa, implicando o reforço das características próprias de atividade das atividades econômicas que crescentemente as distinguem e exigem soluções jurídicas adaptadas.

Em desfecho, como se aduz, autonomia e codificação são independentes, sendo que para que um determinado ramo do direito ser autônomo não se faz condição a existência de um Código, tal como acontece com o Direito Comercial, de outro giro, autonomia e codificação são também, intimamente concatenadas, uma em conjunto com a outra, desse modo, como veremos a seguir, codificar é fundamental para reforçar a ideia de fortalecimento da autonomia.

4.1.2 A importância da codificação para autonomia

Seguindo o ensinamento de Paula Forgioni⁷⁸⁰, de Alfredo Rocco⁷⁸¹, de Cesare Vivante⁷⁸², de Waldemar Ferreira⁷⁸³ e de Paulo R. C. Arnoldi⁷⁸⁴, pode-se construir o seguinte raciocínio acerca da autonomia do Direito Comercial.

Para esse ramo do Direito Privado, a importância da codificação para a sua autonomia é um fator que comporta uma deflagração entre fatores e componentes objetivos e subjetivos, pois é preciso reforçar os apontamentos outrora expostos no segundo capítulo deste trabalho, os quais comprovam a vigência e existência da autonomia do Direito Comercial, uma vez que, ele foi e continuará sendo um ramo autônomo.

⁷⁷⁹ CARONI, op. cit., 2012, p.321.

⁷⁸⁰ FORGIONI, op. cit., 2009.

⁷⁸¹ ROCCO, op. cit.

⁷⁸² VIVANTE, op. cit., 1996.

⁷⁸³ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁷⁸⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

Assim, por meio dos ensinamento desses autores, pode-se construir o fator da autonomia, do ponto de vista objetivo, ser deflagrada pela maturidade, continuidade e evolução de determinado ramo do Direito, ou seja, é como ele se apresenta no meio social, seja através da codificação, dos seus princípios, da jurisprudência, das leis esparsas e da vigência de seus institutos.

Todavia, o fator subjetivo está intimamente concatenado com a condição e o grau de autonomia disponibilizado àquele ramo. A finalidade deste fator subjetivo é permitir que determinado ramo possa dialogar, discutir, raciocinar, pesquisar e trabalhar em conformidade com suas próprias matérias enquanto ciência.

Essa liberdade ganha melhor viés ante a vigência de um código, pois este deverá aglutinar os principais pontos, fatores, objetivos, procedimentos, princípios, normas – os valores – propagados em razão da existência de particularidade para aquele ramo.⁷⁸⁵ A segurança jurídica não depende apenas da clareza pelo qual se escreve a norma, dependendo principalmente dos valores, conceitos, princípios, características desse ramo que são introjetadas na sociedade. A codificação tem o poder de assim fazer de forma mais eficiente. Primeiramente, no plano abstrato: um Código tem mais impacto, valor simbólico.⁷⁸⁶

Portanto, frente ao pensamento construído anteriormente, a autonomia, ao ser analisada em razão do seu viés objetivo e subjetivo determina a condição e maturidade da liberdade concedida a determinado ramo do Direito, seja ele qual for. Isso se deve em razão da importância advinda das matérias por ele trabalhadas enquanto ciência social. De nada vale a existência de autonomia se determinado ramo não pode fazer uso de seus próprios valores, se ele se encontra sob a égide de outras ciências, encampado noutra.⁷⁸⁷

Seguindo nessa mesma crença, do ponto de vista objetivo é absoluto declarar a existência da autonomia para o Direito Comercial. Primeiro: no ordenamento jurídico brasileiro ele encontra normas próprias que tornam seus institutos basilares vivos e eficazes, ele é deflagrado junto às inúmeras jurisprudências do país, se reveste enquanto uma ciência estudada nas Universidades, pois gera repercussão na sociedade e cuida da organização de seus próprios institutos.

⁷⁸⁵ BOBBIO, op. cit., 1995.

⁷⁸⁶ GARRETT, op. cit.

⁷⁸⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

Segundo: por ser um Direito de origem histórica que surgiu praticamente junto às necessidades sociais.⁷⁸⁸

Aquém de todos os fatores históricos e contundentes, a própria Constituição Federal do Brasil (1988) lhe atribuiu uma autonomia formal plena quando determinou no inciso um do seu artigo 22 a existência de uma legislação sobre a matéria comercial em polo diverso da matéria civil.⁷⁸⁹

Todavia, a realidade do Direito Comercial teve seu derradeiro dissabor com a disseminação e vigência da teoria da unificação parcial da legislação dos ramos do Direito Privado.⁷⁹⁰ Assim, a inserção de seus principais institutos junto ao Código Civil Brasileiro de 2002, acabou por romper, prejudicar e enfraquecer a vigência do pressuposto subjetivo da sua autonomia.

Em que pese conste na própria Constituição Federal a garantia e o resguardado para sua total e completa autonomia, ou seja, uma liberdade objetiva e subjetiva, parte de sua autonomia subjetiva está sendo desrespeitada, como restou comprovado na parte final do terceiro capítulo.

A inserção de parte de sua matéria no corpo do Código Civil gerou um abandono ao Código Comercial de 1850⁷⁹¹. A codificação foi deixada unicamente com as matérias atinentes ao comércio marítimo, todavia, essa matéria sofreu mudanças, inovações e evoluções em função das novas tecnologias. Todavia, essas mudanças tiveram de ser abordadas e alcançadas ora pela doutrina, ora pela jurisprudência ou suplantada por leis especiais.⁷⁹²

O próprio Código Comercial de 1850 não sofreu nenhuma alteração, nem mesmo uma adequação linguística para torná-lo mais hodierno, adequado e em conformidade com as outras normas vigentes e evitando antinomias.⁷⁹³

Essa nova realidade do Direito Comercial segue em contradições com o seu viés de ciência e atividade dinâmica e mutável. Agora, ele está enfraquecido, pois perdeu a sua principal materialização de autonomia plena: o Código. Em

⁷⁸⁸ Ibid.

⁷⁸⁹ BRASIL, op. cit., 1988.

⁷⁹⁰ NORONHA, op. cit.

⁷⁹¹ COELHO, op. cit., 2012.

⁷⁹² JUDICE; RIZK; SILVA FILHO, op. cit., 2015.

⁷⁹³ FERREIRA, op. cit., 1954.

consequência dessas realizações, seus valores foram enfraquecidos uma vez que as legislações se mostravam incompletas e abandonadas à própria sorte.⁷⁹⁴

Os Códigos respondem a necessidades de coerência, síntese, simplificação e estabilidade. Neles se podem agrupar um certo número de conceitos e de regras de vocação geral, enquanto às leis fora do código se reservarão as normas transitórias, e especiais e as dedicadas a questões de detalhes. Ainda, a aplicação de um código pressupõe juízes formados sobre o código.⁷⁹⁵

Consequentemente a importância da codificação para a autonomia está justamente na reunião e unificação dos fatores objetivos e subjetivos que resguardam a liberdade e condecora a eficiência de um ramo do Direito frente todo o ordenamento jurídico. Pois ele aglutina e condensa todos os valores históricos e materiais.

Logo, ao Direito Comercial, se mostra necessário, sinônimo de segurança, a existência e vigência de normas ordenadas, estruturadas e sistematizadas por um único Código com capacidade de (re)estruturar os institutos outrora renegados à própria sorte. Um Código principiológico que aglutinará as normas gerais dos principais institutos do Direito Comercial, condição que em um país como o Brasil – regido pelo sistema do *Civil Law* – servirá, no plano ideológico, enquanto uma norma de reforço que estará apenas abaixo da Constituição, mas funcionará como o centro vital ao redor do qual gravitarão as leis especiais; ademais, esse centro vital lhes servirá como bússola norteadora para a aplicação simétrica das normas.⁷⁹⁶

Igualmente, influenciará no modo como os investidores veem e confiam nas legislações brasileiras, modificará o modo de aplicação e formação das jurisprudências, permitirá um estudo mais aprofundado por parte dos magistrados para a correta aplicação das normas de Direito Comercial, mudará o modo como a ciência deste ramo será compreendida e restaurará suas fontes, dentre diversos outros fatores.⁷⁹⁷

Portanto, a autonomia robusta é um fator fundamental ao Direito Comercial, pois será através desta condição que haverá a garantia da sua eficiência enquanto

⁷⁹⁴ COELHO, op. cit., 2012.

⁷⁹⁵ GARRETT, op. cit.

⁷⁹⁶ COELHO, op. cit., 2012.

⁷⁹⁷ Ibid.

uma ciência jurídica, enquanto um conjunto de normas com força suficiente para estar revestida de segurança jurídica para os que estão sob a sua égide.⁷⁹⁸

Logo, se mostra imanente evitar a existência de qualquer instituto ou condição com capacidade de perturbar ou causar mal-estar para sua autonomia. Assim, é necessário extirpar todo e qualquer fator prejudicial, pois é primordial romper, estraçalhar, com a existência de um código eivado de descrédito, de desconfiança e de insegurança, como o Código Comercial de 1850.

4.1.3 Algumas experiências internacionais

De todo o esforço teórico reunido e estruturado pode-se perceber que o Direito Comercial, no Brasil, apesar de comportar normas, institutos, características e valores próprios não está desconectado do fator globalidade, isso se deve ao fato da atividade empresarial ser uma ação para a qual inexistem fronteiras ou limitações territoriais.⁷⁹⁹

Toda e qualquer empresa poderá expandir suas ramificações e construir ou instalar filiais em outros países, basta seguir e ter a devida atenção às normas determinantes no território daquele. É o fator globalização para o qual não há barreira físicas.⁸⁰⁰

Ademais, para a expansão de um negócio o empresário terá em mente e como fator primordial a segurança jurídica existente naquele país, portanto, quanto maior a garantia de aplicabilidade normativa em conformidade com as obrigações e exigências legais maior será o interesse do empresário em estar naquele mercado, pois conseguirá determinar seu direito-custo e estará preparado para possíveis litígios, gastos com empregados e direitos, tributos, dentre outros.⁸⁰¹

Nesse sentido, observa-se mais um dos posicionamentos apontados por Roy Goode⁸⁰² em favor da codificação, pois “Codification may thus be expected not

⁷⁹⁸ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁷⁹⁹ COELHO, op. cit., 2016.

⁸⁰⁰ FORGIONI, op. cit., 2009

⁸⁰¹ COELHO, op. cit., 2016.

⁸⁰² GOODE, Roy. **The codification of commercial law**. Wilfred Fullagar Memorial Lecture. Monash University Law Review. Vol. 14. Rev. 135. Austrália, set 1988. Disponível em

only to produce substantial improvements in the law itself but also to effect enormous savings of time, effort and money previously spent in ascertaining the state of the law, advising on it and complying with it”.

Ocorre que, historicamente, o Brasil, “herdou” – com algumas adaptações – o comércio dos povos do Ocidente e do Oriente, pois ele nos foi trazido após a vinda dos portugueses. Consequentemente, mesmo os índios utilizando o escambo enquanto moeda de troca entre suas mercadorias, não visavam ou tinham o intuito de englobar, em suas ações, o lucro. Condição tão inerente para o exercício da atividade empresarial.⁸⁰³

Dessa forma, considerando o fato de o Brasil estar intimamente ligado com a empresa ao redor do mundo compreende-se a importância de demonstrar e explanar acerca de alguns casos internacionais onde, na atualidade, se busca reaver a completa vivacidade do Direito Comercial por meio da reestruturação das codificações comerciais.

Quanto mais se permite conhecer outros pontos e ideais bem estruturados, mais contundente se torna o desenvolvimento de qualquer ramo do Direito. A divergência doutrinária é justamente o elo contumaz que enobrece e torna viva a aplicabilidade de determinada matéria tendo em vista a sua base estrutural, pois ela não deve estar concatenada com o idealismo de outro, mas sim com o momento presente da sociedade em âmbito político, econômico, antropológico e social.⁸⁰⁴

Portanto, por meio de uma análise preliminar dos Códigos Comerciais de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e Ucrânia⁸⁰⁵, buscar-se-á demonstrar a importância de existirem normas robustas e concatenadas com a realidade, pois elas além de fortalecerem a autonomia do Direito Comercial são a garantia da segurança jurídica enquanto fator primordial ao desenvolvimento do Direito Comercial.

Em Portugal, por exemplo, o Código Comercial permanece sendo o mesmo aprovado no ano de 1833, ou seja, aquele cuja estrutura tinha como base o *Code Commercial* de Napoleão Bonaparte. Todavia, no ano de 1888 sofreu algumas

<<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/monash14&div=14&id=&page=>>
Acesso em 08 ago 2019, p.138.

⁸⁰³ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸⁰⁴ CAENEGEM, op. cit.

⁸⁰⁵ A escolha desses países específicos teve como base a influência jurídico-doutrinária que exerceram no cenário brasileiro, principalmente no tocante às normas e valores do Direito Comercial.

mudanças estruturais. No entanto, ele se manteve intacto em suas condições sistêmicas, ou seja, o arcabouço generalista de seus institutos foi mantido em sua corporificação.⁸⁰⁶

Importante ressaltar que alguns institutos, como a falência e recuperação judicial estão abarcados em normas especiais. Além disso, o Código Comercial Português ainda é regido pela teoria dos atos de comércio e comporta a teoria da empresa, portanto, se aplica a todas as pessoas, sejam comerciantes ou não. De modo que, segundo o seu artigo 3.º o direito civil será aplicado apenas de modo subsidiário, quando não for possível resolver as questões comerciais “pelo texto da lei comercial, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos nela prevenidos”.⁸⁰⁷

Em sua ordem sistêmica, o referido Código aborda as questões atinentes ao Direito Comercial, trata da relação entre cônjuges comerciantes, da capacidade comercial e dos comerciantes, aborda a questão das firmas, da escrituração, dos livros e suas condicionantes, regula os contratos especiais voltados ao comércio, aborda as sociedades e empresas; expõem questões acerca do mandato comercial, aborda a pessoa dos gerentes, auxiliares e caixeiros, aborda algumas relações bancárias, transporte, títulos de crédito e suas temáticas intrínsecas, bem como trata dos seguros.⁸⁰⁸

Portanto, percebe-se que o Direito Comercial Português, apesar de comportar suas particularidades (não sendo o intuito deste estudo abordar a efetividade e aplicabilidade de cada uma de suas normas, mas apenas o fator codificação), possui um código que engloba todas as matérias atinentes ao desenvolvimento do exercício da atividade comercial, ou seja, comporta todos os itens e fatores comerciais no seio e na sistematicidade da unicidade de uma única codificação à qual estão acopladas outras leis especiais.⁸⁰⁹

Cada qual gravitando em conjunto e conformidade com as normas gerais daquele Código oitocentista.

⁸⁰⁶ GARRETT, op. cit.

⁸⁰⁷ COSTA, Ricardo. **O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal.* São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁰⁸ PORTUGAL. Decreto de 18 de Setembro de 1833. **Código Comercial Português.** Disponível em <http://www.re-activar.pt/wp-content/uploads/codigo_comercial.pdf> Acesso em 20 nov 2019.

⁸⁰⁹ DELGADO, op. cit.

Volvendo os olhos ao Direito Alemão parte-se da condição mutável ventilada com a vigência do Código Civil Alemão (BGB) o qual derogou muitas das normas comerciais em vigor. Ainda assim, em solo germânico, não se abandonou as questões comerciais pela unificação junto ao Código Civil Alemão (BGB).⁸¹⁰

Logo após a vigência das normas civis houve a primazia e o estudo para se estruturar e modificar as normas comerciais, condição materializada através da promulgação e vigência do Código Comercial Alemão (*Handelsgesetzbuch* – HGB) no ano de 1897. O qual ainda está vigente.⁸¹¹

Nesse sentido, atualmente, o Código Comercial Alemão (HGB) é formado por cinco livros. Destes, o primeiro, trata especificamente de questões voltadas à negociação, aos comerciantes, ao registro e à formação da empresa comercial, além de abarcar a questão do agente comercial e do corretor. Em seu segundo livro trata especificamente das empresas comerciais. Em seu livro terceiro abarca a questão dos livros comerciais. No quarto determina as modalidades de transações comerciais, dividindo-o em questões gerais e específicas. Por fim, o quinto é composto por questões específicas do comércio marítimo, além de abarcar algumas regras processuais.⁸¹²

Percebe-se que, na Alemanha, o Código Comercial consegue agregar, enquanto um conglomerado sistêmico, as normas e questões gerais voltadas ao seu desenvolvimento comercial.

Nesse sentido, após a reforma das normas comerciais há de se perceber o fato das atividades comerciais e seus inúmeros institutos estarem todas determinadas e trabalhadas nos pontos gerais do Código Comercial Alemão (HGB) e, de modo específico, em leis específicas, como a Lei das Sociedades por Ações (Aktiengesetz – AktG, de 1965) e a Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG ou GmbH-Gesetz, de 1892).⁸¹³

⁸¹⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸¹¹ GARRETT, op. cit.

⁸¹² Importante ressaltar que o Código Comercial da Alemanha poderá ser acessado através da *internet*, referida legislação está disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html>> e foi acessada em 24 nov 2019 (ALEMANHA, 1987).

⁸¹³ GARRETT, op. cit.

Como complemento, é importante ressaltar o fato de que o Poder Judiciário Alemão, ao comportar e estruturar as suas particularidades determina a existência de órgãos específicos para lidar unicamente com as matérias voltadas às questões comerciais, de registro e de patentes.

No mesmo sentido, Tiago Asfor Rocha Lima⁸¹⁴, demonstra a importância ímpar na criação de órgãos judiciais com capacidade para tratar e cuidar de casos envolvendo o Direito Comercial e todos os seus subramos. Aponta como exemplo não somente os estados brasileiros de São Paulo e do Rio de Janeiro, mas também, exemplos internacionais, quais sejam: Nova York, Delaware, Alemanha, Espanha, Bélgica, Turquia, Rússia, Índia, Ilhas Virgens e Peru.

Na Espanha, o Código de Comércio⁸¹⁵ outrora de inspiração francesa sofreu influência da teoria da empresa formulada na Itália. Dessa forma o Código de Comércio espanhol promulgado no ano de 1989 tem como regente a figura jurídica da empresa, além de servir enquanto legislação geral a nortear todos os outros institutos e normas especiais voltadas ao comércio.⁸¹⁶

Assim, atualmente, o Direito Mercantil na Espanha é composto por um Código de Comércio e uma vasta gama de leis esparsas: Código de Comércio Interior, Código de Legislação Concursal, Propriedade Industrial, Código de Direito da Competência, Código de Direito da Publicidade e Código da Moda. No mesmo sentido, há as normas específicas das Sociedades Mercantis, além de legislação abordando as diversas ramificações do mercado, de suas entidades e operações financeiras⁸¹⁷.

A inclusão da figura jurídica da teoria da empresa no cenário jurídico Espanhol não acarretou na sua inserção ou unificação junto ao sistema das normas voltadas ao Direito Civil, ao contrário, ela seguiu sendo apresentada e esculpida junto ao corpo do seu próprio e sistemático conjunto organizacional de normas para a regulação das matérias de ordem comercial.⁸¹⁸

⁸¹⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Tribunais e varas empresariais no projeto de novo código comercial e a experiência estadunidense**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸¹⁵ Na Espanha o Direito Comercial, como se denomina no Brasil, possui denominação diversa, sendo tratado como: Derecho Mercantil e Código de Comercio.

⁸¹⁶ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁸¹⁷ Para mais informações faz-se a indicação de observância das normas do Direito Mercantil na Espanha. Disponível em <<https://www.boe.es/legislacion/codigos/>> Acesso em 22 maio 2019.

⁸¹⁸ GARRETT, op. cit.

Assim, a Espanha, frente a qual o Brasil já se inspirou na formulação de suas normas comerciais, sempre teve em seu esteio a importância de manter a separação e o estudo diversificado entre as normas de Direito Civil e Comercial.⁸¹⁹

Interessa, ainda, discorrer sobre o atual momento do Código Comercial no território italiano. Foi na Itália que houve e ainda se mantém a efetiva unificação das normas comerciais junto ao corpo do Código Civil, todavia, as matérias comerciais não se revestem efetivamente da mesma aplicabilidade, única e exclusiva, das questões atinentes ao Código Civil ou às suas particularidades.⁸²⁰

Mesmo naquele território é preciso a formulação de normas especiais voltadas a tratar da questão comercial.

A teoria da empresa acabou se desvencilhando das raízes ideológicas fascistas. Por seus méritos jurídico-tecnológicos, sobreviveu à redemocratização da Itália e permanece delimitando o Direito Comercial daquele país até hoje. Também por sua operacionalidade, adequada aos objetivos da disciplina da exploração de atividades econômicas por particulares no nosso tempo, a teoria da empresa inspirou a reforma da legislação comercial de outros países de tradição jurídica romana [...].⁸²¹

O fato primordial reside na constância de que há os defensores da primazia e efetividade da unificação entre as normas comerciais e as normas civis. Todavia, como bem ressaltou Fábio Ulhoa Coelho⁸²², nem mesmo os países que realizaram referida “unificação” deixaram de vislumbrar e se atentar para a necessidade e o primor do estudo das matérias específicas, diversas e únicas do Direito Comercial, tanto que ele é estudado enquanto disciplina autônoma nas Universidades ao redor do mundo.

Outro ponto no mundo para o qual se volve os olhos é a Ucrânia, país que apesar de estar um pouco atrasado quanto aos outros países quando ao fator independência, uma vez que conquistada apenas em 1991, destituindo se do regime

⁸¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Fundamentos e tramitação do Projeto de Código Comercial**. Revista Brasileira da Advocacia. vol. 2. ano 1. p. 19-32. São Paulo: Ed. RT, jul.–set. 2016.

⁸²⁰ COELHO, op. cit., 2016.

⁸²¹ Idem, 2007, p.9.

⁸²² Ibid.

socialista e aderindo ao capitalismo com largo avanço, do qual é interessante ressaltar a vigência do seu Código Civil, em 2003, e, do seu Código Econômico, em 2004.⁸²³

Apesar da liberdade tardia para a Ucrânia o seu Código Econômico se tornou um conjunto de normas codificadas em total independência às normas do Direito Civil, logo, o país primou por construir um conjunto de normas dispares e independentes entre si. Um ponto intrigante em suas normas comerciais está no fato de seu Código ter sido redigido de modo “minucioso e casuístico”, d’onde ele acaba por inovar ao exceder “os limites tradicionais de um código comercial”.⁸²⁴

Segundo João António Garrett⁸²⁵, o Código Econômico da Ucrânia que difere dos outros tanto em seu nome quanto em sua matéria, comporta normas de ordem privada e pública. Assim, em sua construção ele trata sobre “princípios da actividade económica”; sobre “propriedade e outros títulos de utilização do meio de produção”; sobre “sociedades e obrigações económicas”; além de tratar acerca da “responsabilidade pelo exercício da actividade económica”; sobre “sectores de actividade económica”, local onde aborda os inúmeros contratos específicos e voltados para a realização dessa atividade, dentre eles pode-se citar: “fornecimento de energia, locação comercial, aluguel, arrendamento e *leasing*”, dentre diversos outros. Outrossim, ele trata de “normas sobre entidades e serviços de auditoria”, “actividade económica estrangeira” e “regimes especiais de exercício de actividade económica”.

Importante ressaltar que mesmo com seu ingresso tardio na cadeia de relação capitalista e conquista da independência a Ucrânia prima pela codificação das suas normas como modo a desenvolver seu mercado econômico e atrair investidores, portanto, ao observá-lo junto aos outros países referenciados deve-se ter em mente que todos defendem a existência do Direito Comercial como um ramo especial do Direito Privado.⁸²⁶

Conseqüentemente, é fato que o perpassar do tempo e a ocupação do espaço não vão acabar ou impedir o crescimento, desenvolvimento e a primazia do Direito Comercial. A própria tomada de posicionamento das matérias comerciais após

⁸²³ GARRETT, op. cit.

⁸²⁴ Ibid, p.211.

⁸²⁵ Ibid, p.212.

⁸²⁶ Ibid.

a vigência do seu terceiro período subjetivo (teoria da empresa) não rompeu suas estruturas ou unificou os ramos civil e comercial, ao contrário, separou-os cada vez mais.⁸²⁷

Assim, ele se mostra essencial (fundamental) em toda e qualquer sociedade, principalmente ante as inúmeras inovações. Porquanto o comércio, em conjunto com todos os fatores que gravitam ao seu redor, está em constante mutabilidade, pois comporta a natureza da dinamicidade.⁸²⁸

Como consequência, por todo o apresentado é que o Direito Comercial padece de reforçar (reafirmar) seus valores primordiais através da materialização primária da austeridade no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: o Código. Pois, assim, ele se reestabelecerá junto a um centro vital (sistemático e unitário) capaz de robustecer e resguardar a importância da sua autonomia enquanto uma ciência necessária, primordial e global, fato que será robustecido no deslinde da presente pesquisa.

4.2 UMA (RE)CODIFICAÇÃO PARA REAFIRMAR A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL?

Durante o decorrer este trabalho e no transcorrer deste último momento foi ressaltado de modo exaustivo acerca da importância da codificação, principalmente como substrato para robustecer e reforçar a autonomia. Será mesmo que é necessário um novo Código Comercial?

Estamos convencidas que um novo Código Comercial com fundamento especialmente em princípios é a melhor medida. Percebe-se que a questão da segurança jurídica não depende apenas da clareza da norma. A segurança que se deseja depende do recrudescimento de valores, princípios intrínsecos do Direito Comercial. Precisa-se que esses valores alimentem o ambiente acadêmico, profissional, judicial, empresarial, administrativo e toda a sociedade. É necessário que

⁸²⁷ COELHO, op. cit., 2016.

⁸²⁸ MARTINS, op. cit.

as reflexões que fundamentam os valores e conceitos do Direito Comercial estejam fortalecidas, e para isso a melhor medida é um Código.⁸²⁹

De partida, vale resgatar o fato do Direito Comercial ser considerado pela doutrina, ainda que Ascarelli o veja como fenômeno meramente histórico, enquanto uma ciência que se desenvolveu em razão do seu fenômeno ontológico, ou seja, compreendendo-o não somente enquanto algo transmutado no tempo, mas como uma ciência distinta e independente das demais realidades existentes.⁸³⁰

Por isso, o Direito Comercial deve ser considerado, como bem demonstrando ao longo desta pesquisa, como um ramo que construiu, passo a passo, sua matéria. Ele condensou seus institutos, concretizou suas incidências legais, trouxe o florescer de princípios próprios que lhe são imanentes e construiu toda uma ciência voltada ao desenvolvimento, funcionamento, estrutura, criação e proteção – macro e micro – da atividade comercial.⁸³¹

Nesse espeque, como primordial, comprova-se o fato do Código Civil de 2002 ter resultado no abandono não apenas do Código Comercial, mas do desenvolvimento do Direito Comercial enquanto ciência. Pois o ramo restou renegado à obscuridade, pouco ou quase nada se discutindo acerca de seus princípios; seus valores se perderam em razão do rompimento de seu conjunto.⁸³² Ademais, sua sistemática singular e específica o tornou fragmentado, enfraqueceu sua coesão, além de afetar sua autonomia, diversidade e crescimento.⁸³³

No passado, o Direito Comercial era forte como rocha, todavia, perdeu lugar para um emaranhado de leis esparsas juntamente com dúvidas e questionamentos acerca da sua consistência, da sua importância. Ao longo dos anos, as normas brasileiras sobre comércio se transformaram num corpo desconexo de leis esparsas, às vezes contraditórias e, em consequência, uma legislação de difícil compreensão.⁸³⁴ Essa individualização prejudica a sua totalidade, pois parece dotar os microssistemas como elos (pseudo)independentes de uma corrente.⁸³⁵

⁸²⁹ COELHO, op. cit., 2012.

⁸³⁰ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁸³¹ ROCCO, op. cit.

⁸³² COELHO, op. cit., 2012.

⁸³³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁸³⁴ MALCHER FILHO, op. cit.

⁸³⁵ CUBEIRO, op. cit.

Logo, é perceptível uma desconexão de todo o sistema jurídico, principalmente do comercial. Esse fato se mostra ante a percepção da constante subversão dos sub-ramos do Direito Comercial, pois aqueles almejam ter um status de supra norma com capacidade para suplantar mesmo as normas de caráter geral, portanto, se mostra imprescindível, realizar a necessária resistemização desse conjunto. Isso pois, trará ao sistema, maior capacidade para realinhar e corrigir suas falhas.⁸³⁶

Referida (pseudo)independência advém em razão do fator descodificação. Essa condição, à primeira vista, torna mais fácil revestir em legalidade (lei esparsas) toda e qualquer necessidade do mercado, ao invés de realizar a efetiva reforma do código (polo central das normas). Em razão disso, as questões gerais, principiológicas e estruturais das normas comerciais se perdem ante a falta de um conjunto unitário; além de desencadear um esvaziamento das fontes.⁸³⁷

Aludida conjuntura, faz com que o doutrinador ou jurista que trata da matéria não possa ter o total conhecimento de tudo aquilo que ela representa ou engloba. Atualmente, os diversos pedaços deste ramo específico e especial não formam um todo unitário, ao contrário, nada formam.

O excesso legislativo e dispersivo, em latente descontrolo das normas vigentes ou revogadas causa uma disrupção no sistema legislativo, além de “[...] ao mesmo tempo” ocasionar “[...] perda da qualidade e coerência, comprometendo o funcionamento do sistema e o valor fundamental da segurança jurídica”, causando, assim, a necessidade de tornar tudo mais enxuto, ou seja, reduzir as normas esparsas.⁸³⁸

Consequentemente a manutenção do período descodificador do Direito Comercial precisa chegar ao fim, pois apenas assim será possível evitar o seu desmantelamento, quiçá do ordenamento jurídico pela quebra da sistematicidade. Ele demanda uma reforma, uma mudança. Porquanto, a existência de codificações civis e comerciais separadas é fundamental para a preservação dos dados ontológicos que, ao direito comercial, conferem a sua autonomia.⁸³⁹

⁸³⁶ LORENZETTI, op. cit.

⁸³⁷ DELGADO, op. cit.

⁸³⁸ Ibid. p.259.

⁸³⁹ COELHO, op. cit., 2012.

Esse fato se mostra contundente para a primazia e desenvolvimento do Direito Comercial, principalmente frente sua evolução junto ao desenvolver da sociedade. Reafirma-se o fato do advento do Código Civil ter lhe trazido inúmeros percalços, disrupção, destemperança, perda de unicidade, rompimentos e diversos dissabores. Não houve unicidade total ante a junção das duas matérias, logo, mesmo com a junção de boa parte das matérias comerciais junto à ordem civilista, aquelas jamais perderão sua especificidade, pois, ainda que remanesçam no mesmo “corpo”, o Direito jamais será o mesmo.⁸⁴⁰

De modo minucioso, no terceiro capítulo, demonstrou-se como esse enfraquecimento, cujo principal motivo é a unificação parcial da codificação dos dois ramos do Direito Privado, resultou em inúmeros problemas para o Direito Comercial, dentre eles, pode-se destacar um retrocesso: (i) no esvaziamento de suas próprias fontes, pois elas não devem se confundir com aquelas contundentes a dar vivacidade ao Direito Civil, além de ter frenado o desenvolvimento da ciência, dos estudos e do contínuo desenvolvimento dinâmico das normas comerciais; (ii) no desbotamento de seus princípios que foram exortados em sua maioria às discussões doutrinárias, perdendo sua condição vivaz; (iii) desencadeou problemas para a jurisprudência que vem sendo aplicada sem a devida atenção às particularidades comerciais; e, (iv) trouxe insegurança para os investidores.

E, em primordial, esvaziou em sua quase totalidade o centro de comando das normas comerciais e empresariais. Tornou o Código comercial obsoleto e abandonado à própria sorte. Desencadeou a crise das fontes do Direito Comercial.⁸⁴¹

Logo, opõe-se que a separação desses dois ramos se deve ao fato da estrutura especialista componente da membrana plasmática que circunda a especificidade do Direito Comercial, dessa forma ele se difere desde os seus primórdios das ordenações civilistas. Ou seja, as normas desse ramo específico cuidam de regular a relação existente entre os empresários, relações estas que dizem respeito ao andamento, funcionamento e engajamento da atividade ou produto disponibilizado no mercado.⁸⁴²

⁸⁴⁰ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸⁴¹ DELGADO, op. cit.

⁸⁴² WAISBERG, op. cit., 2011.

Entre esses dois ramos do Direito Privado há a forte presença do fator dubiedade e heterogeneidade, impõe-se, pois, a necessidade da sua separação. Afinal, suas obrigações possuem um começo, um andamento, uma finalidade, uma vontade e a participação de pessoas totalmente díspares.⁸⁴³ Portanto, se mostra necessário sua separação e ordenação em diplomas legislativos distintos, tanto em razão dos aspectos materiais quanto processuais.

Historicamente essa distinção foi primordial, mesmo com as dificuldades sobrepostas ao Direito comercial, ainda assim, ele se manteve austero e forte em seu Código oitocentista, do qual a posterior vigência de normas específicas (início da descodificação) retirava as interpretações necessárias para a criação, validade e aplicação das normas com caráter mais específico e afunilado. De modo que a junção de parte da sua matéria junto ao Código Civil Brasileiro, em 2002, se mostrou um erro.⁸⁴⁴

Inadvertidamente, a tese doutrinária cuja finalidade era unificar a parte concernente às obrigações dos dois ramos do Direito Privado logrou êxito com a vigência do Código Civil Brasileiro, no ano de 2002, de modo que grande parte da matéria vital regulada, estruturada e organizada pela ciência do Direito Comercial foi por ele sugada, restando ao Código Comercial apenas o comércio marítimo.⁸⁴⁵

A referida e hodierna unificação parcial tornou a matéria das obrigações e dos contratos, tanto civis, quanto comerciais, regidos por uma mesma norma geral, além de envolver em suas bases e princípios ou tornar difícil a compreensão do estudioso no tocante às matérias relacionadas diretamente ao empresário, ao direito de empresa e quanto aos títulos de créditos.⁸⁴⁶

Ademais, referida unificação colocou em xeque a austeridade autônoma do Código Comercial, pois este foi enfraquecido e deixou de regular suas questões tanto de direito material, quanto de direito processual, ou seja, não há mais um centro de comando ou vital do qual irradia todos os preceitos, bases e princípios próprios do

⁸⁴³ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁸⁴⁴ NORONHA, op. cit.

⁸⁴⁵ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁸⁴⁶ WAISBERG, op. cit., 2011.

Direito Comercial. Cada um desses institutos imprescindíveis à manutenção da sua austera autonomia foi abandonado.⁸⁴⁷

Não bastasse, há ainda quem nomeie essa desprestigiada condição do Direito Comercial enquanto a comercialização do Direito Civil. Todavia, essa transmutação está causando uma derrocada nos institutos objetivos daquele ramo privado, conquanto estejam sendo realocados em sua integralidade dentro dos princípios, parâmetros e anseios civilistas que são revestidos ante um formalismo disfuncional e burocrático que retiram do comércio o seu primor do objetivo, rápido, célere e seguro.⁸⁴⁸

As questões relativas às atividades e institutos comerciais se encontram em total desconexão, cada qual dispersa pelo ordenamento jurídico, enfraquecido quanto a sua coesão, sem ter de onde determinar as questões gerais e estruturais de todos os seus institutos, com o intuito de nortear o seu funcionamento. Põe-se dessa forma, pois os caminhos apontados pelo Código Civil formam uma estrada totalmente diversa daquela pavimentada pelo Direito Comercial.⁸⁴⁹

Referida desconexão induz a existência de uma desordem no próprio ordenamento jurídico, de modo a dificultar a atuação do aplicador do direito, além do estudioso o qual já não sabe mais se determinado código de normas é uma questão específica ou geral das normas empresariais. Esse abalroamento, advindo em razão do abandono da própria codificação empresarial cria um caos interno.⁸⁵⁰

Não há uma única voz, entre os comercialistas, elogiando o tratamento dispensado pelo Código Civil à sociedade limitada. Ninguém considera que este importantíssimo tipo societário está bem regulado nesta Codificação. Em relação aos títulos de crédito, ao contrato de agência, ao de prestação de serviços, à qualificação do nome empresarial como direito da personalidade e não como elemento do patrimônio do empresário, à disciplina das operações societárias, à definição das normas sobre associação como supletivas do direito societário, à sociedade simples, muitos criticam a solução do Código Civil, sendo pouquíssimos (ou mesmo nenhum) os que as elogiam. Se assim é, deve-se proceder à correção destes e outros equívocos, o mais célere possível.⁸⁵¹

⁸⁴⁷ MALCHER FILHO, op. cit.

⁸⁴⁸ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁸⁴⁹ COELHO, op. cit., 2012.

⁸⁵⁰ DELGADO, op. cit.

⁸⁵¹ COELHO, op. cit., 2012, p.25.

De sorte que, o advento e a manutenção da unificação desses dois ramos do Direito Privado, bem como a falta de um centro de energia e comando vital, uma “bússola”⁸⁵² da qual emane todas as concepções e princípios gerais do Direito Comercial é um dos fatores que está colocando em xeque a sua autonomia, além de servir como substrato para a deturpação de seus valores.⁸⁵³

Ante a vigência e no transcorrer do movimento descodificador a sobrevivência de uma crise é algo esperado, pois não é cabível apontar que todo um ordenamento jurídico está no mesmo momento – nem todos os códigos passam ao mesmo espaço-tempo, pelo período codificador, descodificador e recodificador –, afinal as normas e os códigos, são diversos. Nesse sentido, em que pese o Código Civil tenha sido reestruturado pelo movimento recodificador, o Código Comercial ainda padece sob os tenebrosos efeitos da descodificação.⁸⁵⁴

La descodificación y, en especial, su modo de articularse y su intensidad son un reflejo de la evolución social, que difiere claramente de un país a otro. Por ello no se produce en todas partes de manera uniforme ni ha sido estudiada en todas partes con la misma minuciosidad. Entre los países en los que el tejido codificado está degenerando de forma más o menos visible recordaré sobre todo Italia, Francia y Alemania. Lo subrayo sin excluir que ha demostrado en ellos distinta avidez y que ahora actúa en silencio también en otros lugares.⁸⁵⁵

Portanto, frente todo o exposto, é verossímil apontar os seguintes fatos: (i) o Direito Comercial nasceu independente e desvinculado de todo tipo de controle, condição primordial para o reforço e estruturação de suas raízes, suas bases e seus valores; (ii) com o advento do Estado sobreveio a determinação do movimento codificador, deste resultou o Código Comercial dos Franceses (1807) que influenciou todos os países do *Common Law* (inclusive o Brasil, com o Código Comercial de 1850); (iii) sobreveio o período da descodificação que acarretou na segregação das normas comerciais, além de resultar em perca da sua unicidade sistemática; (iv) no Brasil, o movimento recodificador afetou as normas cíveis. Nele, se entendeu por bem, realizar a unificação parcial dos dois ramos do Direito Privado, ante a vigência do Código Civil de 2002; (v) dessa unificação sobreveio inúmeros problemas e

⁸⁵² GARRETT, op. cit.

⁸⁵³ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁸⁵⁴ DELGADO, op. cit.

⁸⁵⁵ CARONI, op. cit., 2013, p.105.

dissabores para o Direito Comercial, principalmente a dispersão de normas revestidas de (pseudo)independência, pois não possuem um centro vital a seguir (continuidade da sua descodificação).

Como resultado dessas causas e fatores fundamentais e arduamente trabalhados, atualmente, o Direito Comercial clama pela sua recodificação sob a primordial finalidade de reunificação (reagrupamento) das normas e das fontes esparsas junto a um centro vital do qual emanem todos os seus valores.⁸⁵⁶

O movimento recodificador não pretende restaurar os ideais iluministas da primeira geração de códigos civis, nem pretende, tão pouco, “uniformizar” a legislação, tal como propugnado pela Escola da Exegese, a ponto de se afirmar que na França decimonônica não se ensinava o direito civil, mas o Código Napoleão; ao contrário, na recodificação busca-se apenas “harmonizar” (o que é bem diferente) o (novo) código com a legislação extravagante, ora pela absorção pura e simples, ora pela aplicação coordenada de um ou de outra fonte.⁸⁵⁷

Importante salientar o ponto contrário de Mário Luiz Delgado⁸⁵⁸ para quem “o que se poderia chamar hoje de “direito comercial” ou “direito empresarial” nada mais é do que a aplicação particularizada do direito civil a um grupo específico de fenômenos econômicos, externalizados por meio da relação de troca”. Todavia, essa assertiva padece de algumas condicionantes, pois, a atividade empresarial não é uma simples “relação de troca” realizada por um “grupo específico”.

O Direito Comercial é muito mais do que essa aplicação da norma a um grupo específico com o intuito de trocar. A finalidade desse ramo específico, além de agregar lucro, é cuidar da relação das normas voltadas às questões contratuais específicas aos comerciantes (colaboração empresarial, contratos bancários, seguro, os diversos transportes de carga, de trespasse, de franquia, de fretamento, de publicidade, de startup dentre diversos outros), do desenvolvimento da propriedade industrial de uma empresa, dos possíveis tipos de empresa, das suas questões materiais e imateriais, dos institutos voltados ao comércio marítimo, dos títulos de crédito, da falência, da recuperação judicial, dentre diversos outros institutos.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ COELHO, op. cit., 2012.

⁸⁵⁷ DELGADO, op. cit., p.29.

⁸⁵⁸ Ibid, p.450.

⁸⁵⁹ FORGIONI, op. cit., 2009.

Outrossim, a legislação precisa acompanhar as mudanças estruturais realizadas no âmbito dos institutos comerciais, tais como, a empresa e a difusão crescente dos contratos específicos e das relações empresariais negociadas por meio eletrônico. É preciso maior simetria e clareza na aplicação das legislações hodiernas, além da adequação legislativa frente a modernização dos institutos, tais como, os títulos de crédito, o comércio e, principalmente, o transporte marítimo.⁸⁶⁰

Logo, é concreto o fato de o Direito Comercial estar sofrendo as mazelas dos reflexos da unificação parcial da legislação desses dois ramos do Direito Privado totalmente díspares. Dessa forma, o Código Comercial “existe” e demanda atualizações urgentes, contudo, padece em total abandono, enquanto o Código Civil é conservador e sua mudança se resulta difícil, afetando drasticamente institutos próprios e independentes do Direito Comercial.⁸⁶¹

Ponto que apenas reforça o fato de serem duas normas díspares, com espíritos totalmente opostos. Uma visa resguardar a organicidade social, a relação entre os particulares; a outra busca governar a relação comercial entre os empresários e todos os fatores intrínsecos e extrínsecos que ao se redor gravitam.⁸⁶²

Por conseguinte, o cenário legislativo brasileiro da atividade empresarial, seus princípios, valores, seus institutos, os próprios empresários, o mercado e a diversidade de investidores, clamam por uma recodificação, pois é ela quem concentra e efetiva a segurança jurídica e a proteção esperada frente a concorrência, as incertezas e a volatilidade do mercado.

A lógica comercial não pode ser indiscriminadamente substituída por outras, sob pena de se interpretar aspectos e elementos ínsitos ao comércio de maneira flagrantemente equivocada. Exemplo frequente desse equívoco é a interpretação do fator risco, característica inafastável da prática comercial, mas que, algumas vezes, acaba completamente desconsiderado por operadores do direito, a partir de uma análise que se afasta dos preceitos básicos e fundamentais do Direito Comercial.⁸⁶³

⁸⁶⁰ NORONHA, op. cit.

⁸⁶¹ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁸⁶² Ibid.

⁸⁶³ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves; OSNA, Gustavo. Codificação, direito comercial e processo: do encerramento normativo à efetividade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, Lisboa, Ano 3, nº 10, p. 7503-7525, 2014, p. 7511.

Dessa forma, ao considerar o fato de o Código Civil nunca ter sido o centro vital do qual emanam as normas comerciais, mantê-lo com essas normas específicas e primordiais apenas servirá enquanto mecanismo capaz de prejudicar e definir, cada vez mais, o desenvolvimento e as estruturas dos valores do Direito Comercial.⁸⁶⁴

Oportunamente, a recodificação traz ao ordenamento uma gama de objetivos cuja principal finalidade decorre do intuito de tornar os fatores jurídicos e legais mais acessíveis, pois ao aglomerar determinado ramo do Direito num Código Comercial haverá uma possibilidade de trabalhar contra as fraquezas inerentes à dispersão legislativa, além de primar pela redução das ambiguidades e aberrações jurídicas.⁸⁶⁵

A defesa de um código enxuto, moderno, principiológico e valorativa tem, no plano abstrato alto impacto, uma força simbólica, uma imersão e propagação dos reais ideais do Direito Comercial.

Logo, conforme se extrai das pesquisas e leituras realizadas, aquém dos fatores expostos no transcórre dessa tese, a recodificação de um ramo do Direito não é um acontecimento simples e rápido que poderá ter vez em qualquer momento e sobre qualquer circunstância. O próprio Código Comercial Francês não foi criado sem a existência de uma forte demanda pela regência de normas positivadas, ao contrário, diversos foram o fatores – sociais, políticos, econômicos, culturais, temporais – que demonstraram e trouxeram aso à essa exigência de que o poder legiferante promulgasse uma norma mais acertada.⁸⁶⁶

Por essa concepção, pode-se perceber, na existência dos Códigos, mesmo na promulgação e vigência das codificações civilistas, a propagação de um fenômeno ideológico, ou seja, da construção e crença na ideia de que determinado momento social clama pela realização ou vigência de uma mudança na legislação. Tal não se difere do presente momento na sociedade brasileira, não é algo de agora, do presente, mas é uma demanda que foi construída ao longo dos anos.⁸⁶⁷

É o que Arnold Wald reforça com sua concepção, ao dispor que:

⁸⁶⁴ COELHO, op. cit., 2012.

⁸⁶⁵ GOODE, op. cit.

⁸⁶⁶ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸⁶⁷ COELHO, op. cit., 2012.

Há mais de meio século que já se cogita desse novo direito comercial, que mantêm a tradição no nome, mas que é, no fundo, um novo direito empresarial. Não é mais direito de uma classe, mas regula a empresa e as relações entre o conjunto de parceiros que colaboram com ela e abrange os inúmeros contratos empresariais.⁸⁶⁸

Por outro lado, é preciso compreender que “la rinascita del particolarismo giuridico è incompatibile con l'idea di codificazione” para o Direito Comercial. Em consequência a ideia defendida de se primar por uma recodificação, não uma codificação, nos moldes propostos e apresentados está exatamente em conformidade com a importância de se proteger, defender e lapidar o particularismo jurídico do Direito Comercial.⁸⁶⁹

Nesse sentido, Rodolfo Sacco, nos ensina que para haver aglutinação de normas em um Código depende da existência dos outros fatores que compõe aquele ramo do Direito, fatores condicionantes e primordiais no amadurecimento da matéria. Ou seja, é preciso a existência de uma discussão doutrinária que possa influenciar e auxiliar na estruturação conceitual das matérias; a aplicação de um poder (executivo e legislativo) acentuado e enérgico que dê promulgação às normas e, o autor aponta a importância de uma jurisprudência constante e consciente.⁸⁷⁰

Todavia, o autor trata sobre a codificação, ou seja, o primeiro momento onde as normas de uma matéria estão sendo construídas, logo, entende-se que, no presente caso do Direito Comercial a jurisprudência se reveste enquanto um dos pontos que precisa ser reformulado, pois está sendo construída em desconformidade com as leis, princípios e valores comerciais.

Assim, ao desatino desta tese entende-se e advoga-se pela importância de finalizá-la por intermédio da apresentação e análise dos três momentos considerados primordiais para que se possa perceber (i) a possibilidade, (ii) a oportunidade e (iii) a necessidade de se recodificar o Direito Comercial Brasileiro.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ WALD, Arnaldo. **O novo direito comercial e o advogado**. Revista Brasileira da Advocacia. vol. 0. ano 1. p. 229-242. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2016, p. 234.

⁸⁶⁹ SACCO, Rodolfo. **Codificare: Modo Superato di Legiferare?** Rivista di Diritto Civile, 1983, Parte I. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/articolo/codificare-modo-superato-di-legiferare-rodolfo-sacco>> Acesso em 26 nov 2019.

⁸⁷⁰ Ibid.

⁸⁷¹ GARRETT, op. cit.

4.2.1 Da possibilidade de (re)codificar o Direito Comercial

Ao abordar o fator possibilidade o estudioso e pesquisador João António Garrett, permite a percepção de que tal acontecimento depende de inúmeros fatores políticos, sociais e econômicos, além da condição de se verificar o seguinte questionamento: é possível recodificar o Direito Comercial?⁸⁷²

Sem imbróglis a resposta para essa pergunta, no ordenamento jurídico Brasileiro é afirmativa. O Direito Comercial pode e deve ser recodificado, pois no sistema jurídico regente no Brasil, o *Civil Law*, a existência de um Código Comercial concentra fatores intrínsecos e extrínsecos. Primeiro, pois ele determina qual a lei vai ser aplicada, seu âmbito de incidência, matérias atinentes, além de concentrar as questões voltadas para princípios, valores e outros institutos de ordem geral, ou seja, os mecanismo que auxiliam o interprete na materialização da norma.⁸⁷³ Em segundo, ele está concatenado com a questão da autonomia integral e absoluta do Direito Comercial, logo, enquanto reflexo, há, no presente momento, a vigência de um código obsoleto e em desuso pelo seu abandono.⁸⁷⁴

Referida legislação obsoleta (Código Comercial de 1850), encerra seus ares oitocentista, ou seja, concentra a ideia sistemática de unificar e engessar todas as normas comerciais num único diploma, entretanto, essa ideia e visão pereceu e precisa ser abandonada para dar lugar a uma concepção inovadora.⁸⁷⁵

Essa nova percepção do Código Comercial é possível, pois ela está balizada em conjunção com a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico Brasileiro, ou seja, a Constituição se encontra enquanto a principal fonte do Direito Comercial, abaixo dela estará o Código, abaixo dele teremos todas as legislações específicas que trataram de esmiuçar as diversas nuances do empresário.⁸⁷⁶

Igualmente, ao se observar essa percepção junto aos pontos demonstrados no transcorrer desta tese expõe-se a possibilidade de recodificar o Direito Comercial, pois ele é uma ciência jurídica cuja maturidade dos seus instrumentos estão em

⁸⁷² Ibid.

⁸⁷³ Ibid.

⁸⁷⁴ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁸⁷⁵ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁸⁷⁶ ANDRADE, op. cit.

constante discussão, demandando mudanças e uma visão mais dinâmica e mutável.⁸⁷⁷

Inclusive, ao se proceder, em análise do direito comparado para com as percepções de suas legislações, vê-se a construção de uma separação total do estudo entre o Direito Civil e o Direito Comercial, além da maioria dos países construir um aparato legislativo contundente ante a égide de um Código próprio às matérias empresariais. Outrossim, vale uma boa atenção à atuação da Ucrânia que tratou não somente das questões de Direito Privado, mas também de matérias voltadas à ordem Pública. Nessa observância e análise, é imprescindível adequar esses mecanismos ao cenário brasileiro e primar pela melhor forma de disposição daqueles ao cenário nacional.⁸⁷⁸

Acerca dessa condição Fábio Ulhoa Coelho⁸⁷⁹ é enfático ao apontar que:

São codificados também os direitos comerciais francês, espanhol, norte-americano, alemão, uruguaio, colombiano, ucraniano etc. Diferentes culturas e economias de portes variados adotam a técnica da codificação, sendo isto suficiente para mostrar o desacerto de qualquer suspeita de incompatibilidade entre esta alternativa de ordenação das normas jurídicas e a matéria correspondente.

Contudo, reduzindo o ponto de discussão desta tese, resta salientar que as matérias a serem aglutinadas após a recodificação do Código Comercial não vão ser abordadas ou estipuladas aqui, todavia é primordial que a reunião de doutrinadores, empresário, economistas, contadores e outros seja realizada no intuito de condensar conceitos, abordar e construir os pontos principais para a boa vida e maturidade desse Código. Além de se pensar em uma boa técnica de redação que reflita o atual momento da sociedade, é preciso pensar no receptor da norma e deixar de lado os silogismos incompreensíveis que vão dificultar sua compreensão.⁸⁸⁰

Por isso, em nosso sistema de *Civil Law*, a recodificação do Direito Comercial é uma possibilidade, frente a qual haverá a reintegração da harmonia de

⁸⁷⁷ WAISBERG, op. cit., 2011.

⁸⁷⁸ MACHIONI, Jarbas Andrade. Críticas ao novo Código Comercial são infundadas. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-out-14/jarbas-machioni-criticas-codigo-comercial-sao-infundadas>> Acesso em 26 nov 2019.

⁸⁷⁹ COELHO, op. cit., 2012, p.25.

⁸⁸⁰ GARRETT, op. cit.

todas as normas imanentes aos empresários, pois se verificará uma reestruturação da principal fonte, não somente deste ramo do Direito Privado, mas de todo e qualquer ramo, o Código.

Conseqüentemente, a possibilidade de recodificação, pauta-se na concepção de que a ideia dos Códigos não está superada, ao contrário, ela está ganhando novas concepções. Conseqüentemente, pode-se afirmar que os Códigos modernos nascem com lacunas, por esse motivo as estipulações legais da recodificação comercial devem concentrar o caráter de buscar propor boas ideias de soluções futuras, enquanto caberá às legislações especiais estipularem os fatores minuciosos e as sutilezas que vão complementar a generalidade do Código Comercial. Primando para que se mantenha a interligação entre a Constituição, o Código Comercial e as leis especiais desse ramo, além de ser um ato que contribuirá para a satisfação das questões urgentes ao mercado.⁸⁸¹

4.2.2 Da oportunidade de (re)codificar o Direito Comercial

No trato acerca da oportunidade em se recodificar o Direito Comercial, pode-se ter em mente aqueles fatores passíveis de serem afetados ou influenciarem as matérias atinentes à atividade empresária, por sua vez, é preciso atenção ao momento da sociedade, do mercado, das legislações e das crises econômicas; além da importância em existir a atuação de uma vontade política em promover a vigência dessa nova legislação.⁸⁸²

O fator oportunidade nos permite perceber como os fatores influenciados por aquela legislação estão se comportando no sentido de aceitar ou rejeitar a mudança, pois ela vai gerar reflexos diretos e indiretos, conforme a matéria tratada. No caso do Direito Comercial, dentre todos os fatos apontados, nesse momento, nos resta tratar acerca do momento da dispersão legislativa do Direito Comercial, citar as crises e tratar da vontade política.

⁸⁸¹ GARRETT, op. cit.

⁸⁸² Ibid.

O Direito Comercial é regido por um Código Comercial, mas, no atual ano de 2019, referida codificação com ares oitocentista se encontra encarquilhada, abandonada e desatualizada, além de estar toda desmembrada.⁸⁸³ Não bastasse sua principal fonte ter sido abandonada, após a sobrevivência do momento descodificador, o Direito Comercial se encontra composto por inúmeros minicódigos, microsistemas que gravitam ao redor do Código Civil, em total dissonância com as normas comerciais, portanto, sem uma “bússola” adequada que lhe sirva como guia. Lhe falta um centro vital do qual possam extrair os fundamentos gerais (princípios, normas e valores) para estruturar sua interpretação, lhe falta uma autonomia forte.⁸⁸⁴

Outrossim, a principal atividade que norteia a ciência do Direito Comercial a empresa, além de diversos outros institutos primordiais à atividade econômica, estão costurados junto à malha conservadora e engessada do Código Civil, o qual dificulta, impede e complica a vida dos empresários e dos investidores no mercado nacional. Uma vez que a atividade da empresa demanda dinamicidade e a vida cotidiana (privada) das pessoas demanda propagação e garantias em longo prazo.⁸⁸⁵

Logo, como bem se observa, essa dispersão de diversas normas empresariais no ordenamento jurídico brasileiro é prejudicial num sentido amplo, pois acaba sendo observada e compreendida como uma espécie de “vulnerabilidade do sistema jurídico, que lhe reduz a aptidão para cumprir um objectivo essencial: garantir a acessibilidade das normas jurídicas e, por via desta, a previsibilidade e segurança das transações”.⁸⁸⁶

São esses fatores que desaguam na insegurança e, conseqüentemente, ocasiona ou influencia nas crises em que o Brasil está inserido. De modo concreto, nosso país tem alcançando péssimas colocações enquanto território com legislações que dificultam, atrapalham e causam demora, com conseqüente custo, para o ingresso de novos *players* no mercado⁸⁸⁷, além das outras normas que pelo excesso de dispersão ocasionam problemas com os consumidores, com as relações trabalhistas e no cenário tributário.⁸⁸⁸

⁸⁸³ TIMM, op. cit

⁸⁸⁴ MALCHER FILHO, op. cit.

⁸⁸⁵ ARNOLDI, op. cit., 1998.

⁸⁸⁶ GARRETT, op. cit., p. 245.

⁸⁸⁷ BANCO MUNDIAL, op. cit., 2020.

⁸⁸⁸ VON MISES, op. cit.

A maior preocupação válida, que impera, é a referente à estabilidade monetária. Mas, tão relevante quanto à luta contra a inflação, e sem prejuízo da mesma, é a necessidade de garantir a segurança jurídica, em todos os seus aspectos. Pois, sem estabilidade jurídica, não há investimento, e sem investimento não há aumento de produtividade, crescimento do PIB e melhor distribuição da riqueza.⁸⁸⁹

De todo esse esforço, além dos argumentos apostos sobre a insegurança para os investidores em nosso continente e frente as crises é esperado uma atuação enfática que modifique os fatores ensejadores da crise, bem como tente impedir os danos esperados e minimize os existentes.⁸⁹⁰

Acerca dessa oportunidade para a recodificação é primoroso ao apontar que:

No direito, como na economia das empresas, os períodos de crise são também, desde que enfrentados com inteligência, tempos de oportunidade: julgamos que poucos projectos legislativos de fôlego serão mais oportunos do que a recodificação do nosso direito comercial [...].⁸⁹¹

Mesmo as percepções do pesquisador João António Garrett sendo afeitas ao cenário do Direito Comercial de Portugal, sua fala e posicionamento acerca das crises são independentes de um território para que tenham validade, pois estas não enxergam limites, se propagam no tempo e no espaço; afetam o dinheiro, criam inflações, deflações, causam desemprego, encarecem os produtos e prejudicam o consumidor. Ocasionalmente diversas intempéries que se busca evitar e contornar na sociedade brasileira.⁸⁹²

À medida que o país consiga elevar o grau de proteção jurídica do investimento privado, tenderá a atrair o interesse também de empresários conservadores e deixará de ser tão atraente aos arrojados. A redução das margens de risco associadas à insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais possibilitará a prática de preços menores, no mercado, beneficiando, no fim da cadeia, o consumidor. Por outro lado, sendo os

⁸⁸⁹ WALD, op. cit., 2016, p.229.

⁸⁹⁰ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher – um depoimento pessoal**. Tradução de Lígia Filgueiras. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2015.

⁸⁹¹ GARRETT, op. cit., p.305.

⁸⁹² VON MISES, op. cit.

empresários conservadores em maior número do que os arrojados, a construção de um ambiente de negócios propício à atração do interesse daqueles levará ao aumento no número de empresas e de postos de trabalho.⁸⁹³

Assim, também pelo fator excesso de legislações e sua relação com as crises é demonstrado como o cenário brasileiro clama por uma recodificação, todavia, ao considerar que o momento é primorosamente oportuno nos resta discorrer acerca da vontade política que controle o Poder Executivo ao descortinar dessa nova legislação.⁸⁹⁴ Pois, desde os primórdios, a codificação comercial foi agraciada pela insurgência e atuação da força política regente. Ou seja, para a codificação não basta haver o desejo e a vontade de mudar, é preciso o momento político adequado para a enfática alteração e promulgação da lei ter seu lugar e ser efetivada.⁸⁹⁵

Em uma sociedade, como bem formulado por Mário Luiz Delgado⁸⁹⁶, essa questão política ocorre pelo fato de os códigos não representarem apenas a vigência ou regência de uma lei, de normas voltadas à ciência jurídica, mas, também, se revestem enquanto a representação da supremacia política de um povo. Ou seja, um código, é tanto uma representação do Poder Jurídico quanto do Poder Legislativo.

Essa condicionante pode ser bem compreendida sob o aspecto de que “sem um forte apoio político será sempre inglório qualquer processo de codificação⁸⁹⁷”, dessa forma é condicionante afirmar o fato de os códigos necessitarem “de um grupo de inteligentes dispostos a redigi-los, mas também de uma vontade política clara que apoie esta tarefa”. Caso contrário, ele será apenas uma vontade e uma ideia, dificilmente uma realidade.⁸⁹⁸

De partida, é importante ressaltar que a presente atividade do governo brasileiro está atenta às necessidades de reforçar a segurança jurídica, liberar a economia e atrair investidores. No momento em que se constrói essa tese uma forte

⁸⁹³ COELHO, op. cit., 2012, p.23.

⁸⁹⁴ GARRETT, op. cit.

⁸⁹⁵ DELGADO, op. cit.

⁸⁹⁶ Ibid.

⁸⁹⁷ Nesse ponto de “qualquer processo de codificação” a palavra codificação acaba comportando o significado de recodificação, pois o autor acaba se referindo ao movimento codificador que comporta as fases da codificação, descodificação e recodificação. Portanto, nesse momento é interpretado como recodificação. Ademais, para qualquer desses momentos ter concretude é necessário a presença de uma força política com intuito de ratificar essa mudança.

⁸⁹⁸ DELGADO, op. cit., p.89.

demonstração política da vontade de proteger os investidores e garantir o liberalismo econômico, como bem prevê os artigos constitucionais, encontrou sua materialização na promulgação da Medida Provisória nº 881, de 2019, que posteriormente deu vida à Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, denominada como Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica.

Ainda, estamos aguardando a publicação do novo Projeto do Código Comercial que será apresentado em breve pela Senadora Soraya Thronicke em substituição ao PL do Senado de n. 487 de 2013.

Tal ato se reveste com toda a contundência e roupagem necessária para demonstrar que o nosso país está caminhando sob os auspícios de um governo que validará a recodificação das normas voltadas ao Direito Comercial, assim, se verifica que o Brasil está num momento perfeito e adequado, totalmente oportuno para a promulgação e vigência de um novo Código Comercial.

Em deslinda ao fator oportunidade, como bem pontuado por Arnold Wald, põe-se como primordial que “no últimos 20 anos”, todas “as importantes mudanças que a sociedade brasileira sofreu” construíram um caminho que justifica, “pois, uma completa renovação legislativa, que já ocorreu no Direito Civil, no Processo Civil, e que está sendo realizada no campo do Processo Penal e do Direito Penal. Propõe-se, agora, que também pensemos num Código Comercial ou Empresarial [...]”.⁸⁹⁹

4.2.3 Da necessidade de (re)codificar o Direito Comercial

Nesse ponto, é possível afirmar que a autonomia do Direito Comercial é um fator indiscutível. Sua evolução foi construída paulatinamente com o seu estudo, sua investigação e pesquisa enquanto uma ciência que contém regras, princípios, valores e institutos próprios, os quais independem de todo e qualquer ramo do Direito, não é sem motivos que o Direito Comercial nasceu autônomo.⁹⁰⁰ Não somente em nosso país, mas em todos os analisados frente os casos internacionais aqui expostos a

⁸⁹⁹ WALD, Arnold. **Novo Código Comercial será importante para o desenvolvimento econômico.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/wald-codigo-comercial-importante-desenvolvimento>> Acesso em 27 nov 2019.

⁹⁰⁰ ARNOLDI, op. cit., 1989.

existência dessa autonomia e sua independência frente o Direito Civil são fatores indiscutíveis.

Ademais, pode-se compreender em reforço à ideia de João António Garrett e Rodolfo Sacco, que determinada área do Direito comportará uma recodificação quando suas “[...] respectivas regras estão previstas em textos normativos unitários e sistematizados, cujas normas se expressam em fórmulas abstratas e gerais e pretendem se constituir na única fonte jurídica sobre a matéria por ela regulada”.⁹⁰¹

Tal fato e condição existem para o Direito Comercial? A resposta a esse questionamento é afirmativa, pois, sim, houve a codificação do Direito Comercial, uma vez que as suas matérias foram perfeitamente codificadas, contudo, hodiernamente, elas não se encontram inseridas ou apostas em um Código Comercial, ao contrário, seus diversos institutos estão dispersos por diversas legislações. De modo que a codificação engessada e oitocentista debandou as matérias comerciais à descodificação, logo ele padece retalhado, demandando a vigência de uma recodificação que o tornará robusto, que reconstruirá sua ideia de “sistema” com capacidade de organizar uma ordem e criar uma unidade central permitindo a completude e alinhamento de todos os seus institutos.⁹⁰² Matérias que vão ser inseridas em um Código enxuto, claro e sistematizado que buscará manter a clareza das normas comerciais. Essa recodificação não busca o retrocesso ou intenta prejudicar a vida dos investidores no cenário brasileiro. Pelo contrário, tem o emplastro de reestruturar a “pirâmide” do sistema de normas do Direito Comercial em confluência com o ordenamento jurídico brasileiro.

Importante ressaltar, acerca da importância e continuidade dos Códigos, a fala de Fábio Ulhoa quando expõe que alguns pensamentos se mostram contrários à continuidade dos Códigos, defendendo que “seria o descabimento da codificação do direito comercial, por ser matéria dinâmica; um Código Comercial tenderia a “engessar” este dinamismo, argumentam”⁹⁰³, tal fato é uma pecha do argumento que Natalino Irti usou ao conclamar o período de L’età della decodificazione⁹⁰⁴, mas que,

⁹⁰¹ TIMM, op. cit., p. 6423.

⁹⁰² TIMM, op. cit.

⁹⁰³ COELHO, op. cit., 2012, p.24.

⁹⁰⁴ IRTI, op. cit., 1978.

posteriormente, veio a retroceder e entender, no artigo I cinquant'anni del codice civile⁹⁰⁵, que os Códigos não eram transitórios, mas mutáveis.

Ou seja, estamos frente a um período de recodificação das normas. É inevitável. Haverá mudanças e aqueles que não a propagarem se manterão estacionados no passado, adornados pela poeira do tempo. Portanto, os códigos vão continuar, pois ao considerarmos que em nosso sistema de *Civil Law* a principal fonte do direito é a lei⁹⁰⁶ “a preservação do código favorece a obtenção de uma maior certeza do Direito. Nesse sentido, ele tem hoje uma função muito mais importante do que a representada no século passado”.⁹⁰⁷

E foi justamente esse momento da descodificação e dispersão que trouxe ao nosso Direito Comercial os problemas hoje existentes. Foi ante o perpassar do tempo que as normas do Direito Comercial ficaram espicaçadas no nosso ordenamento, de modo que sua fonte maior, o Código Comercial é obsoleto, “incapaz de fornecer o fio condutor de disciplinas sectoriais que, mesmo quando dele se desgarram, lhe disputam a primazia ou, pura e simplesmente, o ignoram [...]”, pois hodiernamente, ele trata unicamente das questões marítimas, não há nem mesmo uma legislação que abarque os princípios próprios e imanentes ao Direito Comercial, todas as suas fontes padecem em crise.⁹⁰⁸

Todas essas referências causam reflexo direto sobre o fator primordial esperado do Direito Comercial, a segurança jurídica.⁹⁰⁹ Segurança que vem sobretudo do recrudescimento de seus valores, da valorização dos seus institutos, do respeito aos seus fundamentos, da consagração dos seus princípios. Para conseguirmos esse impacto, reforço, o Código é imprescindível. Com o Código Comercial os seus valores tendem a ter maior difusão no ambiente acadêmico, ganham maior apreço profissional e acima de tudo respeito diante do poder judiciário.

Esse ramo do Direito é um campo a ser entendido como um “polissistema”, pois constrói suas posições, entendimentos, aplicações, princípios, valores e institutos tendo em conformidade não somente os fatores diretos das empresas (propriedade industrial, crise da empresa, nome empresarial, títulos de crédito e outros), mas em

⁹⁰⁵ Id, op. cit., 1992.

⁹⁰⁶ GARRETT, op. cit., p.133.

⁹⁰⁷ ANDRADE, op. cit., p.158.

⁹⁰⁸ GARRETT, op. cit. p.303.

⁹⁰⁹ WALD, op. cit., 2016.

observância e correlação com os ditames indiretos de diversas outras áreas, como a econômica, a financeira e o mercado, além de precisar ter atenção à seara pública e aos diversos sub ramos do Direito que podem lhe afetar, como a defesa do consumidor, a tributação e o direito dos trabalhadores.⁹¹⁰

Por esse motivo, é de se considerar que a vigência de um novo Código Comercial trará maior segurança jurídica para os investidores e empresários, além de primar pela desburocratização, maior rapidez e certeza em suas atividades. Pois, ele serve de direcionamento e estabilidade, principalmente, ao se apresentar como a base das leis especiais e como norma capaz de reduzir a dispersão dessas.⁹¹¹ Um novo código visando assegurar a unidade do mercado em um país de pluralismo jurídico-privado constitucionalmente garantido e em crescente concretização. Uma estrutura conformada segundo o modelo do polissistema com um código matriz e os microssistemas constituídos pelas leis especiais.

É o mesmo pensamento propagado por Arnold Wald, de modo que ao tratar sobre essa inovação do Direito Comercial, aponta que a ciência deste ramo jurídico tem o intuito de “oferecer à sociedade os instrumentos e as ferramentas necessárias para reduzir os custos de transação e vencer as tradições burocráticas do nosso sistema”, tradições que estão interligadas às intenções conservadoras e propagadoras no tempo do Código Civil, “que além de dificultarem e onerarem as operações, ensejam muitas vezes a corrupção dos agentes públicos”.⁹¹²

Nesse arcabouço de normas jurídicas dispersas o empresário clama por um aparato contundente e completo que sirva para atender aos seus interesses frente a proteção das suas ações enquanto investidor, enquanto aplicador do dinheiro e exercente da atividade econômica que produz emprego, que dispões produtos ou serviços no mercado e mantém o dinheiro circulando na economia interna.⁹¹³

Igualmente, é preciso ressaltar o fator globalização, pois a empresa é fenômeno que não conhece fronteira geográficas, contudo, pela falta de normas claras e seguras o Brasil acaba sendo afetado em suas relações e comércio exteriores pela condição de não estar trabalhando ou buscando manter um mercado que respeite a

⁹¹⁰ GARRETT, op. cit.

⁹¹¹ MALCHER FILHO, op. cit.

⁹¹² WALD, op. cit., 2016, p.234.

⁹¹³ COELHO, op. cit., 2016.

atuação do empresário e lhe exponha com clareza e simetria tudo aquilo que ele pode esperar encontrar em nosso mercado e cenário econômico e legislativo. O empresário precisa ter estabilidade, ou seja, saber, compreender e prever suas possíveis perdas e ganhos.⁹¹⁴

Ainda acerca do fator global é preciso construir um arcabouço de normas facilmente encontradas e compreensíveis, sem a dificuldade de interpretação e percepção. Outrossim, importante se faz a existência de normas que estejam alinhadas com as melhores realizações e ações cotidianas do comércio internacional.⁹¹⁵

Na mesma proporção e importância, a autonomia comercial deve ser mantida em sua robustez, deve ser fora de críticas ou indagações de sua existência, questões que vão ser rechaçadas com a promulgação de um Código Comercial que comporte e reestruture as fontes do Direito Comercial.⁹¹⁶

Em defesa dessa premência das normas comerciais é importante apor a fala de Roy Goode⁹¹⁷, para quem:

A commercial code provides an integrated corpus of commercial law of which the various branches are linked by common concepts, a coherent philosophy and a consistent terminology, characteristics almost impossible to achieve in separate statutory codifications. Finally, in federal jurisdictions a code covering the whole country, whether in the form of uniform state laws or a federal code, harmonises the commercial laws of the various jurisdictions and thus greatly facilitates interstate trade; indeed, without such a harmonisation the burden of conducting business affairs nation-wide can become intolerable.

Conquanto se observe os parâmetros apontados Roy Goode acerca da uniformização advinda da codificação, os mesmos objetivos se mostram contundentes; atinente à recodificação. Consequentemente, esse momento da recodificação do Direito Comercial não deve compilar e centralizar todas as suas normas num único diploma, isso seria nefasto e prejudicial. Assim sendo, percebe-se a possibilidade de realizar a construção de um instrumento generalista com

⁹¹⁴ ASCARELLI, op. cit., 2007.

⁹¹⁵ FORGIONI, op. cit., 2009

⁹¹⁶ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁹¹⁷ GOODE, op. cit., p.138.

capacidade para unificar e sistematizar as normas comerciais, interligando os microssistemas deste ramo do Direito Privado.

Um novo código comercial deveria, assim, refletir diversas preocupações do legislador, dar prevalência aos princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados e padrões de referência sobre normas minuciosas e fechadas, visando oferecer ao interprete não a solução, mas os critérios normativos que hão de presidir a solução para os casos concretos; remeter para especiais as materiais mais conjunturais, suscetíveis de provocar uma mais rápida erosão; renunciar a todas as duplicações relativamente ao direito civil, só prevendo em caso de manifesta especialidade, isto é, das normas gerais não bastarem para a boa solução do problema em apreço; inserção de normas de origem jurisprudenciais (jurisprudência estabilizada, uniformizada); redigir as normas com clareza e rigor técnico científico, não esquecendo que a ciência do direito é a fonte da escrita normativa, mas evitando hermetismos, erudições, ambiguidades e complexidades desnecessárias; ter em consideração a homogeneidade conceitual e terminológica não apenas entre as normas do código, mas também com as legislações especiais.

De modo enfático e contundente, João Otávio Noronha tece, com primazia, uma observação acerca da necessidade de recodificar o Direito Comercial ao declarar que “[...] a legislação empresarial brasileira reclama urgente modernização”, uma condição com capacidade de atuar “como medida destinada a melhorar o ambiente de negócios, atrair investimentos, reduzir custos, ampliar a competitividade e baratear os preços dos produtos e serviços”.⁹¹⁸

Consequentemente, é necessária a vigência de um novo Código Comercial que venha a substituir o encarquilhado de 1850. Que reorganize a parte da matéria comercial que se dispersou em diversos minicódigos, totalmente soltos e sem controle, cada qual único, sozinho e sem nenhuma força central; inexistente uma codificação geral que guie seu funcionamento e execução, bem como que lhe aponte um norte. É preciso um organismo que venha a sistematizar toda a matéria permitindo apontar a direção e caminho a seguir, até mesmo para os aplicadores e estudiosos do Direito Comercial.⁹¹⁹

⁹¹⁸ NORONHA, op. cit., p.31.

⁹¹⁹ MALCHER FILHO, op. cit.

Por todas as razões construídas é preciso inovar ao se pensar essa nova ideia de recodificar o Direito Comercial, pois “vivemos na era da descontinuidade da incerteza, da ruptura com o passado, da tirania da urgência e da velocidade, na chamada “era do acesso”” fatores que estão em total conformidade com o modo frente o qual o comércio tem se espelhado, além disso estamos dentro de uma “sociedade pós-capitalista que pretende institucionalizar a civilização da empatia, e da economia partilhada”. Conseqüentemente, “impõe-se, pois, ao direito, que tenha nova visão, novo espírito e novos métodos de trabalho”.⁹²⁰

Dessa forma, essa ideia moderna de se pensar o Código como mecanismo centralizador apenas das questões gerais funcionará não somente para o Direito Comercial, mas para todo o momento econômico brasileiro. Ou seja, a recodificação balizará um centro vital que servirá como fonte energética controladora e estrutural de todo e cada qual dos ramos e institutos particulares e próprios da atividade negocial. À vista disso, no plano ideológico, se prestará enquanto “bússola” de direcionamento para as normas específicas, sendo a base e o substrato (segurança e inovação).⁹²¹ Podendo ser assemelhado ao coração, no corpo humano, o qual seguirá à sombra do cérebro, que é a Constituição Federal.

Portanto, exposto como a recodificação vai reestruturar e minimizar os problemas atualmente existentes para o Direito Comercial, e, percebendo a premência da necessidade, afirma-se que este é o momento da recodificação (reestruturação) do Direito Comercial, primando pelo reagrupamento de suas normas sob a égide e vigência de um Código (centro vital) de normas gerais que sirva como reforço para robustecer sua autonomia e seus valores, tornando-o firme, contundente e inovador, o qual poderá acompanhar o desenvolvimento e a globalização da sociedade, da nação e do país.

4.2.4 De que forma a codificação pode solucionar o retrocesso do Direito Comercial?

⁹²⁰ WALD, op. cit., 2016, p.231.

⁹²¹ GARRETT, op. cit., p.306.

O deslinde do último capítulo serviu como emplastro aglutinador das ideias que estão concatenadas e dispostas em prol da defesa da (re)codificação do Direito Comercial enquanto o mecanismo que, em primordial, vai reafirmar e fortalecer a sua autonomia e recrudescer os seus valores próprios.

Conceber que referida autonomia está enfraquecida em suas estruturas não contraria o fato de sua existência desde seu nascedouro e sua paulatina continuidade ante o perpassar do tempo. Porém, conforme reiteradamente já se demonstrou, a unificação parcial da codificação trouxe prejuízos diretos e indiretos para institutos e principalmente valores do Direito Comercial.⁹²²A unificação da codificação acarretou insegurança no mercado e falta de confiança para com os investidores, proporcionou o desbotamento do princípios próprio do Direito Comercial, trouxe assimetrias para a jurisprudência e permitiu o desbotamento das suas fontes.

923

Motivos que põe em urgência a necessidade de se recrudescer os valores do Direito Comercial, de retirar dele ou retirá-lo de toda espécie de pedregulhos e âncoras que o puxam para fora da sua “alma”, que retirem dele as suas especificidades, que intentam esgarçar sua robusteza de ramo autônomo com normas próprias, princípios, valores, legislações e autonomia.⁹²⁴

Ante o perpassar do movimento codificador, no qual se conhece a codificação, a descodificação e a recodificação é importante perceber que o Direito Comercial chegou ao seu limite da descodificação, estando extenuado. Não são apenas as suas diversas legislações e normas que clamam por mudança, mas sim o valor atribuído ao conjunto destas normas. A cada momento em que temos a interpretação das normas comerciais ante a regência do arcabouço civilista é um passo na direção do cadafalso, é ratificar o esvaziamento das fontes empresariais, do desbotamento dos princípios empresariais, dos problemas para a jurisprudência empresarial e da insegurança para os investidores.

Mesmo ante a possibilidade de se sanar alguns desses problemas mediante a simples reforma das normas esparsas que gravitam aos borbotões, tal fato não nos parece ser o remédio adequado. Já ventilamos a respeito das inúmeras

⁹²² ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁹²³ COELHO, op. cit., 2012.

⁹²⁴ Ibid.

normas espalhadas, esparramadas e dispersas existentes no nosso ordenamento jurídico. Pois, é a falta de comando central que demanda a vigência de um Código, um código inovador, principiológico e autêntico como ressaltado no ponto sobre a necessidade de recodificar.⁹²⁵

Outrossim, não se busca unir todas essas normas num único diploma, tal hipótese é um retorno ao ultrapassado pensamento dos Códigos oitocentistas que restaram descodificados pelo seu excesso de formalismo e pela impossibilidade de dispor sobre cada particularidade necessária às diversas matérias de um ramo do Direito. Por essa razão, não se está buscando codificar ou consolidar todas as normas num único diploma, nem se intenta acabar com as leis esperas. Ao contrário, no nosso ordenamento de século XXI o código e as leis esparsas não se excluem, eles passam a viver em harmonia. São complementares.⁹²⁶

Logo, expõe se que a forma mais acertada ante o fator ideológico da valoração da norma e efetividade, para a reafirmação e reestruturação do Direito Comercial, é a vigência de um novo Código Comercial que esteja fortalecido e alicerçado pelo princípios próprios deste ramo do Direito Privado, resguardando e primando pela maior clareza na aplicação das demais leis esparsas.⁹²⁷ É inegável a majoração da força valorativa que apresenta um Código.

Mediante a inserção e exposição dos princípios, características, peculiaridades dentro de um Código haverá uma reeducação até mesmo para os próprios estudiosos e acadêmicos do Direito Comercial, uma mudança de paradigma que espargirá seus reflexos nos alunos das Universidades (futuros advogados e estudiosos), além de mudar o modo como os juízes que são formados nas normativas dos Códigos vão passar a (re)pensar, a (re)aprender, a (re)compreender e a (re)interpretar a aplicação das normas comerciais.⁹²⁸

Afinal, com a vigência de um novo Código os valores do Direito Comercial estarão agrupados na mesma fonte, emanando suas sinapses aos seus institutos e recrudescendo seus valores.⁹²⁹

⁹²⁵ GARRETT, op. cit.

⁹²⁶ Ibid.

⁹²⁷ COELHO, op. cit., 2012.

⁹²⁸ MALCHER FILHO, op. cit.

⁹²⁹ COELHO, op. cit., 2012.

Além de solucionar o retrocesso dos princípios do Direito Comercial, uma novo código com um viés principiológico vai ocasionar em enormes mudanças positivas no intuito de contribuir para maior segurança para os investidores, pois, permitirá uma maior simetria da jurisprudência, possibilitará aos investidores fazer valer o fator previsibilidade de perdas e ganhos quando ingressarem no mercado brasileiro.⁹³⁰

Como bem asseverado, as normas esparsas, sozinhas, não tem a condição ou capacidade de criar uma sistematicidade na aplicação das normas. Cada qual se expõe com uma (pseudo)independência com capacidade de afetar toda a estrutura do sistema jurídico, outro fator e fundamento que corrobora a necessidade da (re)codificação do Direito Comercial.⁹³¹

Outrossim, essa dispersão das normas comerciais pelo ordenamento brasileiro acarreta no demonstrado problema do esvaziamento das fontes. Por outro mote, com o reaglutinar e o reestruturar das fontes em um novo código haverá uma nova fonte que permitirá uma mudança no modo como as normas comerciais são interpretadas, pois é a isso que se prestam as fontes: suprir lacunas e auxiliar na interpretação, formando um conjunto de atos complementares.⁹³²

Percebeu se, ao longo dessa tese que o maior problema do Direito Comercial não são as suas normas em si, mas sim a forma como essas normas são interpretadas. O problema do Direito Comercial que acarreta no enfraquecimento da sua autonomia é a falta de uma fonte bem organizada e estruturada com seus valores, pois, atualmente, são as normas do Direito Civil que suprem as lacunas das normas comerciais, além de estarem sendo ensinadas aos juízes e formando-os ante as fontes civis enquanto as comerciais são abandonadas.⁹³³

Todas essas referências causam reflexo direto sobre o fator primordial esperado do Direito Comercial, a segurança jurídica.⁹³⁴ Segurança que vem sobretudo do recrudescimento de seus valores, da valorização dos seus institutos, do respeito aos seus fundamentos, da consagração dos seus princípios. Para conseguirmos esse impacto, reforço, o Código é imprescindível. Com o Código Comercial os seus valores

⁹³⁰ Ibid.

⁹³¹ DELGADO, op. cit.

⁹³² FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

⁹³³ ARNOLDI, op. cit.

⁹³⁴ WALD, op. cit., 2016.

tendem a ter maior difusão no ambiente acadêmico, ganham maior apreço profissional e acima de tudo respeito diante do poder judiciário.

Portanto, esse reestruturar que trará um Código Comercial solucionará o retrocesso do Direito Comercial e ofertará maior coerência ao sistema de normas comerciais, permitirá maior percepção dos seus valores, do seu modo de interpretação e conseqüentemente afetará o modo como as jurisprudências, eivadas de problemas em razão da falta de interpretação frente as fontes comerciais, vão passar a ser aplicadas, dissolvendo assim, ante o aprimoramento dos aplicadores, alguns dos problemas do de Direito Comercial.

CONCLUSÃO

No século XXI o verbo comercializar vai muito além das mínimas percepção e nuances contidas nesse singelo, mas significativo verbo, da língua portuguesa; ele carrega o sentido da mutabilidade, da dinamicidade e continuidade. Ele se reveste de inovação, tecnológica e mudanças. É sinônimo de transformação, por isso, cada uma dessas condições está interligada ao seu significado mais inócuo: a busca pelo lucro.

Não importa quantos séculos venham a ser enfrentados, comercializar sempre será sinônimo de transformação e de lucro, pois assim funciona e sempre funcionou o Direito Comercial. Firme nesse sentido, essa pesquisa se asseverou em seu objetivo geral para expor acerca da importância em reavivar as suas nuances mais precípuas: a (re)estruturação da autonomia do Direito Comercial e a importância da recodificação no recrudescimento de seus valores.

Assim, referida tese demonstrou, trabalhou e asseverou no intuito de comprovar que a recodificação do Direito Comercial é um fator ideológico que serve como norma de reforço capaz de permitir a vigência de um centro vital repleto de estruturas principiológicas que vai funcionar enquanto a bússola fomentadora e aglutinadora dos seus valores. Pois, seu intuito é primar pela mudança no ensino, estudo, discussão e interpretação das normas do Direito Comercial, rompendo com todo e qualquer fator capaz de colocar em xeque a sua autonomia.

Prontamente, após expor acerca do modo como se chegou ao objetivo geral dessa pesquisa é preciso explanar acerca das hipóteses, respostas e ideias extraídas de cada um dos itens minuciosamente trabalhados no transcorrer deste trabalho.

No primeiro capítulo, após a construção e estipulação dos fatores históricos foi possível compreender que o Direito Comercial nasceu independente de qualquer fator político, econômico ou geográfico, ele adveio junto com as necessidades sociais. As pessoas tinham o interesse de comprar e vender (comercializar), assim, sobrevieram as primeiras nuances do comércio, seguido por suas primeiras normas que estavam em conformidade como os usos e costumes exercidos pelos mercadores inscritos nas corporações de ofício; após, pela consagração dos atos de comércio na

legislação oitocentista e, posteriormente, pelo exercício da empresa, enquanto atividade econômica, organizada, voltada para a produção ou circulação de bens e serviços.⁹³⁵

Constatou se que cada um desses momentos trouxe ao Direito Comercial normas próprias, princípios, institutos, legislações, fontes e valores que lhe são imanentes e não se confundem com o de nenhum outro ramo do Direito. Outrossim, ele nasceu autônomo, mesmo vindo a ser afetado, posteriormente, pela vigência do Estado e das normas positivadas frente o sistema brasileiro de *civil law*.⁹³⁶

Logo, da construção desse primeiro capítulo foi possível perceber a construção ontológica do Direito Comercial, enquanto um ramo do direito que não está condicionada a nenhum outro fator histórico ou social, ao contrário, é robusto e contundente a ter uma vivacidade independente e fora de qualquer crítica. Portanto, o Direito Comercial é, sempre foi e continuará sendo autônomo.

Entretanto, antes mesmo de findar este primeiro momento foi preciso adentrar aos fatos e fundamentos que criaram as correntes defensoras da unificação parcial da codificação do direito privado. Nestas correntes, percebe se que um dos fatores abordados pelos defensores da unificação era quanto à falta de delimitação entre quem era comerciante e quem não era, fundamento que vai se dissolver com a vigência da teoria poliédrica da empresa.⁹³⁷

Ademais, os defensores se dividiam em três correntes díspares, a primeira defendeu a total unificação e sucção da matéria comercial pelo Direito Civil; a segunda, advogou em favor da total e inequívoca dicotomia e a terceira buscou promover a unificação apenas das matérias contidas na parte das obrigações.⁹³⁸

Outrossim o primeiro defensor da unificação foi Cesare Vivante, entretanto, no transcorrer desta tese mostrou se que o próprio pesquisador, me momento posterior, se retratou. Assim, o autor voltou a defender com veemência a importância e manutenção da discrepância entre o Direito Comercial e o Civil, abordando que

⁹³⁵ COELHO, op. cit., 2016.

⁹³⁶ FERREIRA, op. cit., 1954.

⁹³⁷ ARNOLDI, op. cit., 1989.

⁹³⁸ Ibid.

ambos eram ciências díspares e mereciam tratamentos próprios e autônomos conforme seus valores.⁹³⁹

Por sua vez, no transcorrer do segundo capítulo, percebeu-se a importância em construir um arcabouço de argumentos jurídicos, históricos e filosóficos demonstrando e comprovando que o Direito Comercial é um ramo do direito totalmente autônomo, comportando em seu esteio todas as espécies de autonomia: a didática, a formal (ou legislativa) e a substancial (científica ou jurídica).

Da importância em ser um ramo autônomo sobrevêm ao Direito Comercial sua condição formal (ou legislativa) que lhe garante ser constituído por normas próprias (códigos ou leis especiais) que vão cuidar, organizar e estruturar todos os seus institutos; no âmbito da autonomia didática ele poderá ser estudado nos diversos centros e cursos universitários ou pós-graduações dispersos em todo o país, por sua vez, no âmbito substancial ele é capaz de ser estudado enquanto uma ciência individualizada em razão de seus princípios, normas, valores e métodos imanentes à matéria empresarial.

Todavia, sua robusta autonomia sofreu alguns descaminhos durante o transcorrer da sua construção e manutenção. Dessa forma, o Direito Comercial foi sendo afetado e sofreu prejuízos em razão de algumas obscuridades, principalmente com a vigência da unificação parcial da legislação comercial junto das normas de Direito Civil, ponto de ruptura e início da sua descodificação.⁹⁴⁰

Ante a percepção dos fatores que acarretaram esse descaminho procedeu-se à investigação do que ocasionou o enfraquecimento da autonomia do Direito Comercial. Essas percepções foram expostas na construção do terceiro capítulo, permitindo a interpretação e comprovação de que as normas comerciais passaram a ser abandonadas em primazia e prevalência das normas do Direito Civil, pois, com a unificação parcial das fontes do Direito Comercial perderam o seu centro vital e assim força maior.

Destes fundamentos pôde-se concluir que o enfraquecimento da autonomia do Direito Comercial tem sua principal razão de ser no modo como ocorreu a

⁹³⁹ VIVENTE, op. cit., 1996.

⁹⁴⁰ GARRETT, op. cit.

unificação parcial das suas normas junto ao Código Civil Brasileiro de 2002, no qual, além da parte geral das obrigações abarcou a teoria da empresa, os títulos de crédito, a transformação, cisão, fusão e incorporação de empresas, as sociedades e o trespasse.

Em consequência, do questionamento apostado sobre qual o impacto da regulamentação cerrada no Código Civil de 2002 para a autonomia do Direito Comercial? Constatou-se o enfraquecimento sobrevivendo em razão da junção das normas comerciais no conservador corpo de normas civilistas. Deste desprestígio, destacou-se alguns pontos primordiais, sendo eles, o esvaziamento das fontes do Direito Comercial, o desbotamento dos princípios, os problemas para a jurisprudência e a insegurança para os investidores.

Destas confirmações, levanta-se o questionamento sobre a real força e possível enfraquecimento da autonomia do Direito Comercial marcados pela expressão: “Que autonomia?” Assim, algumas indagações foram levantadas. Que autonomia é essa onde a jurisprudência toma como regra geral fontes de outros ramos? Que autonomia é essa onde as fontes comerciais estão esvaziadas dispersas e desrespeitadas? Que autonomia é essa onde os princípios comerciais são reiteradamente menosprezados? Que autonomia?

Com o intuito de buscar uma solução aos novos problemas, o quarto momento desta pesquisa constatou e asseverou acerca da existência do movimento codificador (codificação-descodificação-recodificação) no plano do Direito Comercial. Deste, frente os fatos apontados, é possível perceber que este ramo do Direito Privado passou por um período codificador – vigência do código comercial de 1850 – e atualmente se encontra no momento da sua descodificação – unificação parcial das normas civis e comerciais, abandono do código comercial de 1850, dispersão de normas esparsas. Logo, em razão dessa dispersão de leis especiais que foram abandonadas à própria sorte entende-se que o Direito Comercial precisa voltar a (re)sistematizar as suas normas com o fito de construir um arcabouço capaz de reavivar a sua autonomia, reascender a importância das suas normas e do modo como os seus princípios e valores influem na interpretação das suas legislações.

Ademais, demonstrou se de modo conclusivo que a autonomia, apesar de ser diversa e independente da codificação, se mostra fortalecida, imponente e contundente por meio de um código próprio. Assim, como o Direito Comercial tem autonomia não há fundamentos científicos que impeçam-no de ser reestruturado mediante a vigência do terceiro ato do movimento codificador, a (re)codificação.

Um dos fatores percebidos diz respeito ao seu ensino enquanto ciência. Tal questão dependerá da atuação conjunta de toda a comunidade jurídica e principalmente daqueles que exercem o magistério. Assim, é preciso que o comercialista passe a nutrir e reafirmar a vitalidade desta ciência por meio da sua difusão, do seu estudo aprofundado, da sua construção e reconstrução tendo em voga a luta pelas melhorias e reavivamento desta ciência frente a (re)afirmação de seus princípios e valores próprios e díspares do Direito Civil.⁹⁴¹

Por essa razão apontou se acerca da demonstração dos modos e meios pelos quais uma (re)codificação, no cenário brasileiro, terá a capacidade de reafirmar a autonomia do Direito Comercial. Ademais, em atenção à doutrina de João Antônio Garrett entendeu se pela importância em expor e demonstrar acerca dos três fatores primordiais para garantir a vida material dos códigos: a possibilidade, oportunidade e necessidade.

Com o transcorrer desses três fatores primordiais à vigência de uma (re)codificação pode se extrair: no que tange à (i) possibilidade, que a recodificação, enquanto um dos momentos do movimento codificador (codificação-descodificação-recodificação), pauta-se na concepção de que a ideia dos Códigos não está superada, ao contrário, ela está ganhando novas concepções e permanecerá. Por sua vez, quanto ao fator (ii) oportunidade, houve a confirmação de que o cenário brasileiro comporta, atualmente, o momento político propício e contundente para a promulgação e vigência de um novo Código Comercial, logo, ante a exposição da (iii) necessidade de recodificação todos os fatores extrínsecos e intrínsecos apresentados sobre a questão corroboram o posicionamento de que este é o momento da recodificação (reestruturação) do Direito Comercial.

⁹⁴¹ ASCARELLI, op. cit., 2007.

Frente o cenário brasileiro, apontou-se acerca da hipótese de os problemas e retrocessos do Direito Comercial serem dirimidos pela simples mudança das leis esparsas existentes e do Código Civil, todavia, entendeu-se que grande parte dos problemas do Direito Comercial existe pela dispersão que sobreveio em razão da descodificação. Desse modo, a (re)codificação poderá reestruturar os valores próprios do Direito Comercial num único diploma e mudará o modo como ele é estudado e interpretado enquanto ciência no mundo jurídico-científico.

Isso se deve ao fato do valor atribuído aos Códigos em nosso cenário de *civil law*, pois evidenciou-se que é da sua natureza concentrar a existência dos princípios, modos e meios de interpretação das leis, ideias que vão se ramificar para os outros institutos do Direito Comercial, mesmo quando tratadas em leis especiais. Assim, o Código guarda um valor sistemático e unitário de norma de reforço, que no plano simbólico funciona como meio mecanismo capaz de trazer maior segurança, valor e confiança para determinado ramo do Direito.

Noutro mote, o desenvolvimento desses últimos apontamentos nos permitiu compreender que a codificação do Direito Comercial foi um fato de importância ímpar em seu transcorrer, todavia, esse fenômeno encerra ideias e fatores oitocentistas que ao demandarem alterações legislativas desencadearam a sua descodificação pela dispersão de leis esparsas e conseqüente abandono do Código Comercial de 1850. Assim, frente o estudo do movimento codificador, padece ao Direito Comercial formalizar a sua recodificação ante a vigência de um novo Código, momento, por meio do qual ele poderá reavivar suas nuances, reestruturar a confiança em suas fontes e recrudescer seus valores. Por isso, tal fenômeno histórico-evolutivo trará maior segurança para o ordenamento jurídico e vai contribuir para dirimir os atuais problemas do Direito Comercial no fortalecimento da sua autonomia.

Logo, propõe-se, como resultado final, a vigência de um código principiológico que sirva como centro vital. Um código que revestirá as normas com maior confiança, clareza e coerência; que servirá como bússola de direcionamento para (re)estruturar as demais normas do Direito Comercial e permitirá a convivência harmônica e sistemática entre o código e as normas esparsas, pois eles não se excluem; são complementares. Ademais um código vai possibilitar a primazia de um arcabouço de jurisprudências mais simétricas que encerram no seu íntimo os veios

da confiança e segurança jurídica aos investidores, lhes permitindo prever possíveis ganhos e perdas, bem como, servirá como fonte capaz de mudar o modo como os juízes formados nos códigos vão interpretar, analisar, compreender e pensar as diversas normas do Direito Comercial. Um código que faça o Direito Comercial e todos os seus desdobramentos genuinamente autônomo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAUZET, Isidore. **Commentaire du Code de Commerce et de la Legislation Commerciale**. 3^a édition. Paris: Marchal, Billard & Cie, 1879.

ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch, 1897**. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html>> Acesso em 24 nov 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2^a Ed. 4^a Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALPA, Guido. **Le “Code de Commerce” et l’Italie: Quelques Reflexions sur l’Histoire et les Perspectives du Droit Commercial**. *Revue Internationale de Droit Comparé* 2007, vol. 59, n^o 2, pp. 235-257.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves; OSNA, Gustavo. Codificação, direito comercial e processo: do encerramento normativo à efetividade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB)**, Lisboa, Ano 3, n^o 10, p. 7503-7525, 2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneicher de. **Da Codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ARENDDT, Hannah. **O que é política?** 3^a. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria Geral do Direito Comercial: introdução à teoria da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Comercial: autonomia e unificação**. São Paulo: Editora Javoli, 1989.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Comercial**. São Paulo: Editora Minelli: 2007.

_____. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Editora Minelli: 2007.

_____. **Ensaio e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1952.

ASQUINI, Albert. **Perfis da Empresa**. Tradução Fábio Konder Comparato. *In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série – Ano XXXV, N. 104. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BANCO MUNDIAL. World Development Indicators Database. Doing Business 2009. Comparação de Regulamentação em 181 Economias. **World Bank, 2009**. Disponível em <<https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/Overview/DB09-Overview-Portuguese.pdf>> Acesso em 15 nov 2019.

_____. World Development Indicators Database. Doing Business 2009. Comparação de Regulamentação em 190 Economias. **World Bank, 2020**. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>> Acesso em 15 nov 2019

BARRERA GRAF, Jorge. **El Derecho Mercantil en la América Latina hasta el siglo XIX**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/734/3.pdf>> Acesso em 02 dez 2019.

BARRETO FILHO, Oscar. **A dignidade do direito mercantil**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 2, nº 6, p.295-305, set/dez 1999.

BEAUD, Michel. **História do Capitalismo de 1500 até nossos dias**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel. **Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España**. AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 9-63.

BERNARDO, João. **Labirintos do Fascismo** – na encruzilhada da ordem e da revolta. Porto: Edições Afrontamento, 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Editora Servanda, 2015.

BLINKHORN, Martin. **Mussolini e a Itália Fascista**. Tradução Pedro Elston. Lisboa: Gradiva, 1985.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Estado, governo e sociedade: fragmentos de um dicionário político**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz&terra, 2017.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. **Determina a ordem do juízo no processo Commercial**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>> Acesso em 16 out 2018.

_____. Decreto nº 737, de 25 de Novembro de 1850. **Determina a ordem do Juízo no processo Commercial**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>> Acesso em 06 nov 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 06 nov 2018.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 16 nov 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 22 maio 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 12 nov 2019.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Brasília, 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 12 nov 2019.

BRASILIA. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº487, de 2013. Reforma o Código Comercial. **Brasília, 2013.** Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>> Acesso em 21 ago 2019.

BULGARELLI, Waldírio. **Revista de Direito Mercantil.** São Paulo: 1999.

_____. **Contratos Mercantis.** 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais: 1985.

BURANELLO, Renato. **A necessária regulamentação das relações empresariais do agronegócio: um novo subsistema do Direito Comercial.** In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Tradução de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAFIERO, Carlo. **Compêndio capital.** Tradução Ricardo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; NUNES, Marcelo Guedes. Um ano e meio das varas empresariais de São Paulo: uma iniciativa de sucesso. **JOTA**, 2019. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-empresariais-sucesso-05082019> Acesso em 20 ago 2019.

CALDEIRA, Jorge. **História da riqueza do Brasil** – cinco séculos de pessoas costumes e governo. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CAVALLI, Cássio. **Direito Comercial: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.

CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira; FORGIONI, Paula Andrea. O STJ e o direito comercial. **Migalhas**, 2019. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302449,101048O+STJ+e+o+direito+comercial>> Acesso em 05 nov 2019.

CARONI, Pio. **Lecciones de historia de la codificación**. Edición de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

_____. **Escritos de La codificiación**. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 20. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

_____. **Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa**. 17. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

_____. **Curso de direito comercial, volume 2: direito de empresa**. 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Objeto do direito comercial brasileiro**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 18ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Fundamentos e tramitação do Projeto de Código Comercial**. Revista Brasileira da Advocacia. vol. 2. ano 1. p. 19-32. São Paulo: Ed. RT, jul.–set. 2016.

COHEN, Daniel. **A prosperidade do vício: uma viagem (inquieta) pela economia**. Tradução de Wandyr Hagge. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

COSTA, Ricardo. **O direito comercial português: direito misto, autónomo e basicamente empresarial**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima

(coordenadores). **Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Philomeno J da. **Autonomia do direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

Crepeau, Paul-A. **Réflexions sur la Codification du Droit Privé**. *Osgoode Hall Law Journal*, 38.2. Ano 2000, P: 267-295. Disponível em <<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1505&context=ohlj>> Acesso em 02 dez 2019.

CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**. Coruña: Baía Pensamento, 2008

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 2ª. Ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

_____. **Conflito de normas**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista**. BFD 76 (2000), pp. 129-151.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Waldemar. **Instituições do Direito Comercial: o estatuto do comerciante e da sociedade mercantil**. Primeiro volume. São Paulo: Max Limonad, 1954.

_____. **A personalidade jurídica das sociedades mercantis no direito brasileiro**. RFDUSP, v. 48, pp. 26-49. São Paulo, 1953.

FIORI, José Luís. **Formação, Expansão e Limites do Poder Global**. In: FIORI, José Luís (organizador). **O poder americano**. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FLUME, Johannes W. **Law and Commerce – The Evolution of Codified Business Law in Europe**. *Comparative Legal History, 2014, Forthcoming*. France: University of Tuebingen, 2014. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380751> Acesso em 02 dez 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. Prefácio Eros Roberto Grau. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. Prefácio Natalino Irti. 2 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. Prefácio Fábio Nusdeo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **O “Antiprojeto” de Novo Código Comercial**. Revista Jurídica Consulex, Ano XVII, Nº 400, 15 de Setembro/2013, pp. 32-37.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher – um depoimento pessoal**. Tradução de Lígia Filgueiras. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GALGANO, Francesco. **História do Direito Comercial**. Tradução portuguesa da edição de 1980 por João Espírito Santo. 13ª edizione. Bologna: Zanichelli, 2013.

GARCIA, Ayrton Sanches. **Noções históricas de Direito Comercial**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28609-28627-1-PB.pdf>> Acesso em 16 set 2018.

GARCIA, Roosevelt. A evolução da moeda brasileira – uma breve história do nosso dinheiro desde os tempos do Império. **Veja São Paulo**, São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em <<https://vejasp.abril.com.br/blog/memoria/evolucao-moeda-brasileira/>> Acesso em 07 dez 2018.

GARRETT, João António Bahia de Almeida. **A (des)codificação do Direito Comercial Português. Contributo para a reflexão prévia a uma necessária reforma legislativa**. Porto: Edição do autor, 2018.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOODE, Roy. **The codification of commercial law**. Wilfred Fullagar Memorial Lecture. Monash University Law Review. Vol. 14. Rev. 135. Austrália, set 1988. Disponível em <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/monash14&div=14&id=&page=>>> Acesso em 08 ago 2019.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **L’Histoire de la fabrication du Code. Le Code: Napoléon?, Revue Pouvoirs**. 107, 2003, págs. 11-21. Disponível em <<http://www.revue-pouvoirs.fr/-107-Le-Code-civil-.html>> Acesso em 30 nov 2019.

HEMÁTRIO, Jaciara Guimarães Rosa. **Evolução histórica do direito comercial**. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v.1, n.1. Minas Gerais, 2017.

HICKS, Peter. **Comment Napoléon est-il devenu Roi d’Italie**. Tradução de Irène Delage. Napoleon.org, 2005. Disponível em <<https://www.napoleon.org/histoire-des-2-empires/articles/comment-napoleon-est-il-devenu-roi-ditalie/>> Acesso em 02 dez 2019.

HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. Tradução Jackson Pierre de Andrade e Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

IÑESTA PASTOR, Emilia. **La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea**. AHDE, tomo LXXXIII, 2013, pp. 65-103.

IRTI, Natalino. **I cinquant'anni del codice civile**. Rivista di Diritto Civile, n. 03, p. 227 e seg., 1992.

_____. **L'età della decodificazione**. Diritto e Società, n. 03-4, p. 613 e seg., 1978.

JEREZ DELGADO, Carmen; PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. **La Comisión General de Codificación y su Labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones**. RJUAM, no 19, 2009-I, pp. 155-179.

JUDICE, Mônica Pimenta; RIZK, Werner Braun, SILVA FILHO, Nelson Cavalcante e. **As recentes propostas de alterações legislativas e seus desdobramentos no direito marítimo**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). Novas reflexões sobre o projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **EMPRESA, ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 212: 109-113, abr./jun 1993.

JUSTO, A. Santos. **O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. BFD, 71 (1995), págs. 27-96.

_____. **O Direito Luso-Brasileiro: Codificação Civil**. BFD 79, 2003, págs. 1-46.

_____. **Direito Privado Romano, I (Parte Geral)**. Studia Iuridica 50, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

KNAPP, Viktor. **La Codification du Droit Civil dans les Pays Socialistes Européens**. Révue internationale de droit compare. 1979, vol 31, no 4, pp. 733-748.

KOUBI, Geneviève. **Code et codification: du civil à l'incivil, Droit et cultures**. Nº 48, 2004, pp. 133-144. Disponível em <<https://journals.openedition.org/droitcultures/1748>> Acesos em 28 nov 2019.

KOZOLCHYK, Boris. **The Commercialization of Civil Law and the Civilization of Commercial Law**. 40 La. L. Rev. (1979). Disponível em <<https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol40/iss1/4/>> Acesso em 28 nov 2019.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LAMOUREUX, Sophie. **La codification ou la démocratisation du droit**. *Revue française de droit constitutionnel*. 2001/4 (nº 48), Presses Universitaires de France, pp. 801-824.

LASSO GAITE, Juan Francisco. **Cronica de la Codificación Española – Codificación Mercantil**. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1999

LEVI, Leone. **Manual of the Mercantile Law of Great Britain and Ireland**. London: Smith, Elder & Co., 1854.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4 Ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do Direito Comercial Brasileiro – A criação dos Tribunais do Comércio do Império**. Cadernos Direito GV v.4 n.6: novembro 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Tribunais e varas empresariais no projeto de novo código comercial e a experiência estadunidense**. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). Novas reflexões sobre o projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIS, Laís. Brasil cai em ranking do Banco Mundial que mede a facilidade para fazer negócios. **G1, 2019**. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/24/brasil-cai-em-ranking-do-banco-mundial-que-mede-a-facilidade-para-fazer-negocios.ghtml>> Acesso em 15 nov 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v.1: teoria geral do direito civil**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHIONI, Jarbas Andrade. **Críticas ao novo Código Comercial são infundadas**. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-out-14/jarbas-machioni-criticas-codigo-comercial-sao-infundadas>> Acesso em 26 nov 2019.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Empresa e Atuação Empresarial**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALCHER FILHO, Clóvis Cunha da Gama. **A autonomia do direito privado e a necessidade de um novo Código Comercial: a abrangência do anteprojeto**. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes

(coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. **A instituição do registro comercial na administração pública brasileira e os acervos de documentos para a história de empresas**. Disponível em <<http://www.abphe.org.br/arquivos/teresa-cristina-de-novaes-marques.pdf>> Acesso em 09 out 2018.

MARSEILLE, Jacques. **Le Code de commerce, éternel retardataire**. Enjeux Les Echos, n° 232 du 01 Février 2007. Disponível em <<http://archives.lesechos.fr/archives/2007/Enjeux/232-64-ENJ.htm>> Acesso em 26 nov 2019.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 40. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. I. São Paulo: Bookseller, 2000.

MILZA, Pierre. **Os últimos dias de Mussolini**. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

MIRANDA, Alberto Souto de. **A Autonomia do Direito Comercial, As Operações Comerciais**. Coimbra: Almedina, 1988.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. **Reinventando o capitalismo de estado: o leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 1ª Ed. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2015.

MURILLO, Maria Luisa. **The Evolution of Codification in the Civil Law legal Systems: Towards Decodification and Recodification**. J. Transnational law & policy, Vol. 11:1, 2001, pp. 1-20.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. **A quem interessa um novo Código Comercial?** Fórum Abrasca, Revista RI, Fevereiro 2014, pp. 42-46.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NETO, Francisco Quintanilha Vêras. Capítulo 5 - Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado. p. 93/123 In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 4. Ed. 2 Tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NORONHA, João Otávio. **Comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito. **Jus**, 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3549/a-codificacao-do-direito>> Acesso em 08 out 2018.

PORTUGAL. Decreto de 18 de Setembro de 1833. **Código Comercial Português**. Disponível em <http://www.re-activar.pt/wp-content/uploads/codigo_comercial.pdf> Acesso em 20 nov 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Títulos de crédito no direito brasileiro**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; RIBEIRO, Maria de Fátima (coordenadores). *Questões de direito comercial no Brasil e em Portugal*. São Paulo:Saraiva, 2014.

_____. **Direito comercial ou direito empresarial? – Notas sobre a evolução histórica do *ius mercatorum***. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745071/mod_resource/content/2/artigo_aula_1.pdf> Acesso em 06 out 2018.

_____. **Direito Empresarial Esquematizado**. São Paulo: Editora Método, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Virtude e terror**. Apresentação por Slavoj Zizek. Textos selecionados e comentados por Jean Ducange. Tradução José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Traduzida do Italiano pelo Prof.Cabral de Moncada. São Paulo: Saraiva & Cª. Editores, 1931.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SACCO, Rodolfo. **Codificare: Modo Superato di Legiferare?** Rivista di Diritto Civile, 1983, Parte I. Disponível em <<https://www.personaedanno.it/articolo/codificare-modo-superato-di-legiferare-rodolfo-sacco>> Acesso em 26 nov 2019.

SILVA, Luiz Antônio Guerra da. **Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002 grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28793-28811-1-PB.pdf>> Acesso em 29 out 2018.

SMITH, Adam. **Compêndio riqueza das nações**. Traduzido do original inglês por Bento da Silva Lisboa. São Paulo: Hunter Books, 2014.

_____. **A Riqueza das Nações** – Investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. Apresentação Winston Fritsch. Tradução de Luíz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

SOUZA, Raquel de. Capítulo 4 – O Direito Grego Antigo. p. 71/104. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 4. Ed. 2 Tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp nº1355173/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dj: 17/02/2014. **STJ, 2014**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 13 nov 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1495433/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Dj: 08/11/2019. **STJ, 2014**. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 13 nov 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp nº1.442.674/PR, **Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 30/3/2017. STJ, 2017. Disponível em** <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201400592848.REG>> Acesso em 13 nov 2018.

TADDEI, Marcelo Gazzí. **O Direito Comercial e o novo Código Civil brasileiro**. Jus.com.br, 2002. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/3004/o-direito-comercial-e-o-novo-codigo-civil-brasileiro>> Acesso em 02 dez 2019.

TIMM, Luciano Benetti. “**Descodificação**”, **constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil?** Revista de Direito Privado, RT. v.27, p.223 - 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direitos societário – volume 1**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo. Agravo de instrumento em recurso de revista: Ag-AIRR - 10513-12.2016.5.03.0146. Relator: Hugo Carlos Scheuermann. DJ: 08/11/2019. **TST, 2019**. Disponível em <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/93ab4e3f211b49d69a445823e98239c1>> Acesso em 13 nov 2019.

VALERI, Giuseppe. **Manuale di diritto privato**. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. I.

VALLE, Camila Oliveira do. **Locke e a "revolução gloriosa"**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 25., 2009, Fortaleza. Anais do XXV Simpósio Nacional de História – História e Ética. Fortaleza: ANPUH, 2009.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito commercial**. Tradução de J. Alves de Sã. 2ª Ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1918.

_____. **Introdução ao tratado de Direito Comercial**. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n. 102, p. 134-138, abr.jun. 1996.

_____. **Per Un Codice Unico Delle Obligazioni**. Bologna: Tipografia Fava e Garagnani, 1888.

VON MISES, Ludwig. **Intervencionismo, uma análise econômica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

_____. **A mentalidade anticapitalista**. Tradução de Adelize Godoy. 2ª Edição. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

WAISBERG, Ivo. O novo Código Comercial Brasileiro. **Valor Econômico**, São Paulo, 30 set 2011. Disponível em <<https://www.valor.com.br/legislacao/1027938/o-novo-codigo-comercial-brasileiro>> Acesso em 20 nov 2018.

_____. **O Projeto de Lei nº 1.572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WALD, Arnold. **Os desafios do direito societário**. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas reflexões sobre o projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novo Código Comercial será importante para o desenvolvimento econômico**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/wald-codigo-comercial-importante-desenvolvimento>> Acesso em 27 nov 2019.

_____. **O novo direito comercial e o advogado**. Revista Brasileira da Advocacia. vol. 0. ano 1. p. 229-242. São Paulo: Ed. RT, jan-mar, 2016