

Novo Código Comercial no Brasil e a unificação das obrigações no Código Civil de 2002

Gina Vidal Marcilio Pompeu

Universidade de Fortaleza
ginapompeu@unifor.br

Thiago Pinho de Andrade Correio

Universidade de Fortaleza
Thiago Pinho de Andrade <andradethiago@icloud.com>

Resumo: A iminência da promulgação do novo Código Comercial no Brasil, torna necessário analisar a evolução histórica do direito comercial e regulações que permearam o contexto evolutivo deste ramo. O problema a ser averiguado é a necessidade de implementar codificação em detrimento de aprimoramento de técnicas de execução e compreensão das legislações já existentes. Analisa-se como se deu reflexão e criação de tais diplomas tendo como pano de fundo as necessidades e anseios à época, para após isso, observar as discussões acerca da “unificação” do direito privado e autonomia do direito comercial, tendo como parâmetro as legislações civilistas e comerciais, sobretudo, o projeto do novo Código Comercial. A metodologia aplicada foi bibliográfica e documental. Livros e artigos, e legislações que permearam desde o período da mercancia aos dias de hoje, mercado. Por fim, investiga acomodação de tal matéria, sobretudo, na atualidade, para assim, observar influências e eventuais necessidades sobre a temática.

Palavras-chave: Direito Comercial. Direito Civil. Unificação. Autonomia. Novo Código Comercial

Introdução

A pesquisa realizada neste estudo justifica-se pela corriqueira discussão no cenário do direito comercial acerca das codificações refletidas e promulgadas ao longo dos dois últimos séculos, e a importância de cada uma delas à época em que foi pensada e concebida. A evolução do direito comercial conjugada a uma posterior reflexão de um Código Civil causaram algumas incongruências e distorções do real sentido e necessidade legislativa naquele momento

Nesse contexto, a recorrência da mencionada questão acerca do direito comercial, sua respectiva codificação, e acrescentando-se a isso diálogo a respeito de sua autonomia, vem inquietando de tal modo que, desde 2011, discute-se a confecção e matéria de um novo Código Comercial.

Esse debate deu ensejo ao Projeto de Lei nº1.572/2011 (instituiu o novo Código Comercial), e toda uma reflexão acerca da necessidade ou não de se consumir o referido projeto que tem como objetivo não só promulgar novo Código Comercial, mas também conferir maior autonomia a tal ramo.

Por intermédio de pesquisas bibliográficas e documentais, observa-se as peculiaridades de cada diploma e o respectivo contexto histórico que serviu como pano de fundo para a efervescência de ideias do ramo ora analisado. Objetiva-se, ainda, analisar a necessidade da feitura de um novo código em detrimento de uma melhor e mais evoluída compreensão da farta legislação que já se tem no ordenamento pátrio.

Aborda-se, no primeiro momento, o contexto histórico e suas particularidades que acabaram por ensejar e justificar opções legislativas, fazendo breve análise da evolução das teorias, desde a mercancia até o mercado, que justificavam e legitimavam a atividade comercial.

Em seguida, aborda-se peculiaridades do Código Comercial de 1850, e a tentativa de criar novo código comercial como resposta as discussões acerca da autonomia do direito privado, demonstrando que tal autonomia não desemboca, simplesmente, na singela feitura de um novo código.

Por fim, analisa-se a discutida “unificação” do direito privado, a dicotomia acerca do direito comercial e civil, e a unificação do direito obrigacional no diploma civil, finalizando o estudo com as discussões a respeito do projeto de um novo código comercial, sua real necessidade - se é que existe - tudo sob o contexto hodierno.

1 **Análise histórica da compreensão do direito comercial e de sua codificação no Brasil**

Antes de abordar as questões envolvidas no projeto de codificação do direito comercial no Brasil e na discussão acerca da unificação, em um só código, de direito privado, cumpre expor o trajeto histórico que vem trilhando o direito comercial nos últimos séculos, trajeto sem cujo estudo não é possível, pois compreende e termina na atual situação deste ramo jurídico.

No que se refere ao direito comercial, já desde a própria nomenclatura se verifica severa possibilidade de confusões conceituais, pois essa denominação faz supor que o Direito Comercial tem por objeto específico o fenômeno do comércio, isto é, a atividade econômica que consiste não em produzir os bens, mas em permutá-los uns pelos outros, de forma a satisfazer as múltiplas necessidades humanas e aumentar a riqueza por meio do lucro.

Nada obstante a exatidão desta definição do ponto de vista econômico, não é possível aplicá-la ao amplo conjunto de fatos e relações jurídicas sobre as quais incidem as normas do direito comercial. Com efeito, o sentido jurídico apresenta-se muito mais complexo de definir do que o econômico, conforme demonstram as longuíssimas discussões que tiveram lugar desde o Direito Romano até os dias atuais.

Conforme refletia Rubens Requião (2012, p.27), a tendência de vários juristas buscarem definir o comércio como qualquer atividade, de troca ou não, que vise à obtenção de lucro. A lucratividade torna-se, pois, o fator

diferenciador entre as abordagens econômica e jurídica do fenômeno comercial. Essa tendência, porém, cai por terra a partir do momento em que se verifica a incidência das regras jurídico-comerciais sobre entidades, como as empresas estatais e relações jurídicas que surgem de títulos de crédito, as quais escapam frequentemente à lucratividade.

Tais questões têm levado muitos juristas a proporem expressões e nomenclaturas substitutivas à antiquada denominação de “direito comercial” – de que são exemplo “direito econômico”, “direito empresarial”, e assim por diante. Ora, longe de evitar os inconvenientes terminológicos, essas expressões acabam provocando novas e mais intensas discussões.

Por um lado, não faria sentido que um corpo de regras jurídicas denominado “direito econômico”, por exemplo, deixasse de regular atividades que compõem, indiscutivelmente, a economia de uma nação – como as atividades artesanais, por exemplo, que não ingressam na órbita do Direito Comercial, em que pese enquadrar-se na definição econômica de comércio. De outra parte, pode-se questionar se seria apropriado chamar de “direito empresarial” um conjunto de normas jurídicas que regulam também sociedades não-empresárias - como tradicionalmente faz o direito comercial.

Esses obstáculos teóricos e terminológicos não devem, contudo, servir a desestimular a reflexão jurídica rigorosa, mas antes a evidenciar que ela não deve recair, primacialmente, sobre este ou aquele termo ou conceito, mas sim sobre o contexto histórico e sociológico que oportunizam o surgimento das normas jurídicas. Se por um lado vige o brocardo *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, há direito), de outro, com a mesma força, vigora o *ubi jus, ibi societas*. Se o Direito se compõe de normas e busca atender valores, é porque os fatos assim clama tal regulação.

Dada a necessidade de definir o Direito Comercial, antes de observar o desenvolvimento histórico e, dialeticamente, dada a indispensabilidade deste estudo à definição daquele ramo jurídico, cumpre investigar os antecedentes históricos das modernas discussões acerca de tal direito. Abordando-se o problema deste prisma, eis que despontam, como ponto

de partida, as corporações de ofício (teoria estatutária)¹ surgidas na baixa idade média, especialmente nas porções mais meridionais da Europa.

Apesar da existência de normas jurídico-comerciais já na Antiguidade – bem anteriores, pois, ao citado período – somente na idade média é que começam tais normas a organizarem-se em compilações e códigos, e a constituírem ramo jurídico autônomo e perfeitamente discernível dos demais.

A explicação histórica é que, no início do segundo milênio da Era Cristã, os poucos comerciantes que havia achavam-se isolados uns dos outros e enfraquecidos diante da economia feudal reinante. Para fortalecerem-se política e economicamente, então, organizaram-se e formaram as numerosas associações comerciais conhecidas como corporações de ofício.

Cada uma dessas corporações apresentava um regulamento jurídico próprio, que tinha por objetivo disciplinar as mais diversas relações e situações que poderiam surgir entre os próprios comerciantes. Esses regulamentos normativos vinculavam os comerciantes que integravam as respectivas corporações, e associavam, invariavelmente, consequências jurídicas a esta ou àquela conduta, motivo pelo qual passaram a ser considerados verdadeiros códigos comerciais. Ademais, para fazer valer o direito comercial substantivo, foram criados, também, regras e procedimentos processuais, e constituídos os respectivos órgãos julgadores – os chamados juízes consulares, conforme explica Fran Martins (2001, p6):

Tal incremento tomou o comércio na Idade Média que, os que o praticavam se reuniram em *corporações*, criando suas próprias leis e tendo jurisdição particular. Elegiam um juiz, que dirimia as contendas, o cônsul, e este se guiava pelos usos e costumes adotados pelos comerciantes. As várias normas a serem aplicadas pelos cônsules eram escritas nos Estatutos das cidades. Tinham

1 A teoria estatutária pregava que os estatutos mercantis das corporações de ofício deveriam vincular apenas os seus membros, ocasião em que as regras comerciais eram aplicadas, tão-somente, àqueles inscritos em tais corporações.

essas normas caráter *internacional*, passando as regras comerciais a regular as transações de todos quantos compareciam às feiras. Podiam os cônsules não só resolver as questões que lhes fossem apresentadas como, inclusive, punir os culpados.

Ora, percebe-se que a primeira aceção em que o direito comercial começa a ser admitido no Ocidente é a do conjunto de regras jurídicas criadas pelos comerciantes para a disciplina normativa de suas atividades corriqueiras. Por ser este conceito definido, pois, em razão dos sujeitos jurídicos envolvidos, chamaram-lhe os doutrinadores – como Rubens Requião – de conceito subjetivo (fase subjetiva) do direito comercial, surgido na primeira etapa histórica do modo capitalista de produção econômica.

Com o surgimento e multiplicação das corporações de ofício, a classe dos comerciantes ganhou força não apenas econômica, mas também política, e por se concentrarem em determinadas regiões e países, começaram, também, a se desenvolver as modernas cidades – à época, chamadas burgos, termo que deu origem à designação burguesia, aplicada à classe social então nascente.

Além disso, como os regulamentos internos dessas corporações eram bastante estruturados, organizados e apresentavam notória força vinculante, acabaram sendo tomados, em muitas cidades, como estatutos municipais, e passaram a disciplinar não apenas as relações jurídicas entre os comerciantes, mas também as que se estabeleciam entre terceiros (outros particulares, nobres, membros do clero e o próprio Estado) e os mercadores.

Com isso, os próprios juizes consulares, antes restritos ao âmbito das corporações de ofício, passaram a cuidar de demandas envolvendo questões que concerniam não somente aos comerciantes – os sujeitos principais do direito comercial, mas também a indivíduos de outros estratos sociais, reclamando, conseqüentemente, uma nova formulação das normas jurídico-comerciais. Sobre essa passagem da fase subjetiva à fase objetiva, Theophilo

de Azeredo Santos (1972, p. 43) - teoria dos atos de comércio² - explica o professor José Xavier Carvalho de Mendonça (1957, p.56):

As corporações de comerciantes ampliaram a autoridade e a jurisdição. De um lado, a tendência usurpadora dessas corporações de classe e do outro, especialmente, a confiança que no público conquistaram os cônsules pelo senso prático, sua equidade, seu processo sumário, eles entraram a julgar os pleitos de pessoas não comerciantes *causa et occasione marcatuarae*. É relevante assinalar o caráter que então assumiu o direito comercial, em virtude da força expansiva que revelou. O elemento subjetivo associa-se ao objetivo.

Nessa nova formulação, o direito comercial não mais poderia ser definido em razão dos sujeitos envolvidos, que como visto não mais se limitavam à classe dos mercadores, mas devia considerar, sobretudo, as situações concretas e objetivas e as condutas humanas sobre as quais incidiriam as normas, iniciando-se, pois, o conceito objetivo do direito comercial. Segundo essa nova orientação, o direito comercial não mais seria o complexo de normas jurídicas criadas pelos comerciantes e para os comerciantes, mas sim o conjunto de todas as normas atinentes às relações jurídicas surgidas a partir dos “atos de comércio”.

A nova conceituação ganhou força na idade contemporânea, na qual, inspiradas pelo ideal da igualdade (conforme propugnado pela Revolução Francesa), as codificações do direito privado passaram a tentar equiparar os cidadãos e reduzir, no que fosse possível, as diferenças jurídicas entre as classes – incluindo a burguesia.

2 Após a queda do mercantilismo, e conseqüente ascensão do liberalismo, inevitável foi transcender as corporações de ofício (e sua teoria estatutária), razão pela qual surgiu a teoria dos atos de comércio. Esta teoria pregava que seria comerciante aquele que praticasse atos de comércio, não se limitando aos membros das corporações como defendia a teoria estatutária (Theophilode Azeredo Santos, 1972, p.49).

Ademais, como o direito comercial, entendido em sua acepção subjetivista inicial, se destacava por seu caráter eminentemente consuetudinário, o espírito da Revolução Francesa e da codificação napoleônica, marcado por seu apego à Lei, exigiu que este ramo jurídico assumisse maior universalidade e generalidade, tornando necessário, então, que o direito comercial se pautasse mais por critérios objetivos, definíveis *a priori* e *in abstracto*, e menos por critérios contingentes e variáveis, segundo os quais poderiam as normas apresentar teor inteiramente diverso caso fossem produzidas por esta ou aquela classe de comerciantes, nesta ou naquela nação ou cidade.

Entretanto, as consideráveis dificuldades de definir de maneira absolutamente inequívoca o que fosse um “ato de comércio” acabaram por minar o objetivismo exaltado, e a fase objetiva do direito comercial teve de dar lugar a tentativas mais ecléticas de conciliação entre as elaborações normativas abstratas e universais e a casuística jurisprudencial concreta e particular.

Nesse cenário, surge a terceira fase (teoria da empresa)³ do direito comercial – hodiernamente vigente – que se caracteriza por conceituar este ramo jurídico de maneira subjetiva, mas não em referência às antigas ligas de comerciantes, e sim tomando como parâmetro o inovador agente econômico que veio a surgir no século XIX e predominar sobre todas as demais figuras da economia: o empresário mercantil.

Nesse período, em que as discussões doutrinárias sobre a essência do direito comercial pareciam apaziguar-se, na Europa, em torno do conceito de empresa comercial, o Brasil independente, sob a regência da Constituição Imperial de 1824, começava a se preocupar em editar as normas jurídicas pelas quais haveria de se disciplinar.

3 Superada a noção da teoria dos atos de comércio em consequência de evolução e progresso da economia, muda-se o foco do direito comercial, considerando então não mais os atos de comércio enquanto elemento definidor do comerciante (e aqueles albergados por tal legislação), para observar a atividade econômica organizada como fator determinante e definidor do até então direito comercial. Surge assim a expressão direito empresarial, tendo a empresa como ente de organização dos fatores de produção.

Cessado o domínio político lusitano, acabava também a vigência das ordenações reinóis, criando, de certa forma, um vácuo normativo no âmbito das relações sociais no Brasil – incluindo as relações comerciais. Diante disso, uma comissão de comerciantes foi incumbida, em 1823, de elaborar um projeto de Código Comercial para o novo Estado, remetendo-o, dois anos depois, à apreciação do Poder Legislativo.

O projeto, então, foi aceito e promulgado o mais antigo código atualmente vigente no País: o Código Comercial de 1850, que se notabilizou por sua acurácia e originalidade perante diversas outras codificações e iniciou a segunda fase do direito comercial brasileiro – conforme a divisão tripartite que propõem notáveis comercialistas pátrios, como José Xavier Carvalho de Mendonça.

Nesta segunda fase, compreendida entre os anos de 1850 até 1890, o Direito Comercial percorreu um caminho de constante expansão, deixando, cada vez mais, de restringir-se às disposições originárias do Código Comercial promulgado e passando a ser integrado por um número crescente de regulamentos, leis extravagantes, dentre outras espécies legislativas.

Ora, essa expansão justificava-se, principalmente, pela ausência de um Código Civil para regular as relações privadas, gênero do qual são espécies as relações comerciais. Diante disso, os juízes e tribunais costumavam adotar as regras comerciais para disciplinar não somente as relações jurídicas compostas por comerciantes, nem mesmo todas aquelas oriundas da prática de atos de comércio, mas sim todo e qualquer vínculo jurídico que ingressasse na órbita do Direito Privado.

Neste contexto, diversos foram os juristas – como Teixeira de Freitas – que se empenharam por lutar pela “desmercantilização” do Direito Privado, propondo a unificação deste ramo jurídico e conseqüente absorção do direito comercial ou mercantil no Direito Civil. Um dos mais destacados – Carlos de Carvalho – chegou a elaborar uma compilação das numerosas e esparsas disposições relativas ao comércio: a *nova consolidação das leis civis*

de 1899, por meio da qual esperava concretizar, no plano normativo, a almejada unificação do Direito Privado.

Contudo, quase duas décadas depois, a consolidação de 1899 foi substituída, então, pelo Código Civil de 1916 de elaboração de Clóvis Beviláqua, o qual, secundado pelo Código Civil de 2002, deixou separados, até hoje, o Direito Civil e o Direito Comercial.

2 O Código Comercial de 1850 e a nova tentativa de codificação

O Código Comercial de 1850 surgiu em um contexto histórico bem-definido e que, conforme fica claro em sua exposição de motivos, exigia que a correta regulamentação da atividade comercial, que passara, desde a abertura dos portos do Brasil às nações amigas em 1808, a se desenvolver com notável vigor na nascente monarquia brasileira.

De início, uma das preocupações dos autores do anteprojeto foi em conciliar o universalismo e o particularismo no âmbito do Direito Comercial. Conforme se expôs, o Direito Comercial surgiu como o estatuto interno das corporações de ofício e demais associações de mercadores, e passou, gradativamente, a se confundir com o próprio direito municipal dos burgos formados em torno às feiras comerciais.

É inevitável que, nessa evolução, o Direito Comercial começasse a abranger uma variedade maior de situações, reclamando constantes reelaborações normativas e doutrinárias que o fizessem atender tanto aos interesses particulares dos mercadores quanto ao interesse da coletividade. No mesmo sentido, a elaboração do Código Comercial de 1850 buscou inspirar-se nas experiências européias de codificação, mas sem incorrer em desatenção à situação nacional. Nessa época, porém, ao mesmo tempo que as atividades mercantis proliferavam e a economia crescia, os conflitos também aumentavam, dia após dia, seguidos pela prática de crimes e fraudes financeiras.

Essa foi, decerto, uma das principais preocupações dos elaboradores do anteprojeto do Código Comercial de 1850. Para atender a essa finalidade, foram incluídos no diploma diversas disposições que exigiam dos comerciantes maiores formalidades na prática de seus atos profissionais, sem as quais estes não seriam válidos, tornando, por exemplo, mais rigorosa a escrituração mercantil e criando um registro público do Comércio, no qual todos os comerciantes deveriam registrar-se.

Outra condição histórica que merece atenção, no que se refere ao Código Comercial de 1850, é a via predominantemente marítima por meio da qual o comércio então se realizava. Essa particularidade – acentuada tanto pela situação geográfica do Brasil quanto por sua dependência do comércio internacional, dada a insuficiência de seus setores produtivos – era o que justificava que um terço do código fosse dedicado exclusivamente ao comércio marítimo.

No entanto, no Brasil contemporâneo, em que muito se tem discutido a nova proposta de codificação consubstanciada no Projeto de Lei nº 1572/2011, é fato notoriamente conhecido que o comércio marítimo ocupa, em relação à época do Brasil monárquico, uma relevância econômica notoriamente secundária.

Essa é uma das razões pelas quais diversos estudiosos têm dirigido severas críticas às emendas nº 55 e 56 ao Projeto de Lei, as quais têm por objetivo incluir no diploma copioso número de disposições sobre comércio marítimo, a exemplo do Código atualmente vigente. A esse respeito, assevera o advogado e professor Paulo Henrique Cremoneze (2013, *online*), no artigo em que tece veementes objeções à constitucionalidade da emenda nº 56 ao PL 1572/2011:

Falar-se, hoje, num livro de Direito Marítimo dentro do Código Comercial é um absurdo jurídico, um retrocesso enorme e uma agressão ao sistema legal brasileiro, absolutamente hábil para disciplinar todas as questões maritimistas,

à luz de interesses poliédricos e benéficos ao Brasil como um todo. (...)Primeiramente, entendo que não há a necessidade de mais um diploma legal para disciplinar aquilo que o próprio Código Comercial, a parte ainda em vigor, disciplina. Ora, longe de ser vetusto, como seus inimigos o classificam, o Código Comercial em vigor é um ótimo diploma legal, sobretudo atualizado pela rica jurisprudência e que mostra o valor de uma norma antiga e sedimentada no seio social. Além disso, as questões mais importantes tratadas pela emenda 56 ao PL 1.572/2011 já se encontram contempladas pelo Código Civil de 2002 e por leis especiais e extravagantes, donde se infere sua absoluta desnecessidade, senão à do PL integralmente, ao menos da emenda 56.

Outra justificativa invocada para a nova codificação é a questão dos títulos de crédito. Com efeito, importa observar que o direito cambiário atualmente vigente no Brasil emana, majoritariamente, das disposições de convenções internacionais (como a Convenção de Genebra), em vista da ausência da adequada regulamentação no Ordenamento Jurídico pátrio. Outrossim, as revoluções tecnológicas surgidas nas últimas décadas se fizeram acompanhar pelo advento da figura dos títulos eletrônicos, ainda não perfeitamente regulados pela Lei Brasileira. A esse respeito, veja-se a justificativa do anteprojeto (Projeto de Lei nº 1572/2011), que assim afirma:

Relativamente ao direito cambiário, além da regulação dos títulos eletrônicos, eliminando lacuna na ordem jurídica nacional, o projeto de Código Comercial importará o adequado cumprimento de uma Convenção Internacional, assinada pelo Brasil, ainda na década de 30 - a Convenção de Genebra para a adoção de uma lei uniforme sobre Letra de Câmbio e Nota

Promissória. Até hoje, esta Lei Uniforme não foi introduzida regularmente no direito nacional (isto é, com a devida tramitação no Poder Legislativo, aprovação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conforme previsto na Constituição), sendo matéria precariamente disciplinada por mero decreto do Poder Executivo, baixado em 1966. Outros títulos como a Duplicata, Warrant e o Conhecimento de Depósito são igualmente contemplados.

Ora, a constatação desse fato, por si só, não justifica a nova codificação do Direito Comercial, já que o problema pode ser resolvido seja por emenda à versão atual do Código Comercial – restabelecendo o capítulo revogado pelo Decreto nº 2044/1908 (define a letra de câmbio e a nota promissória, e regula operações cambiais) - seja ao próprio Código Civil – no título VIII do Livro das Obrigações. Afinal, a versão original do Código Comercial de 1850 visara, antes que qualquer outro diploma, a oferecer uma sistematização dos conceitos e das normas jurídicas a respeito do tema, que à época se achavam dispersos.

Essas e diversas outras questões têm levantado polêmicas por parte de diversos estudiosos. Parte da crítica tem demonstrado que o anteprojeto se acha, em sua atual configuração, eivado de dispositivos inadmissíveis à luz do Direito Brasileiro contemporâneo, tal como a norma contida no art. 8º, segundo a qual nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei. Outros críticos há que ressaltam, sobretudo, o caráter supérfluo e prolixo da nova codificação. Nesse sentido, observa Erasmo Valladão França (2011, *online*):

A ideia de código, em primeiro lugar, é algo deslocado no tempo. Só se justificaria para exprimir um conjunto de regras jurídicas gerais, o que o projeto em questão não faz. Pelo contrário, é de

uma exuberante prolixidade, contendo 670 artigos, afora incisos e parágrafos, e pretende regular matérias as mais díspares, tais como o empresário e as sociedades empresárias, o estabelecimento, as obrigações e contratos empresariais, os títulos de crédito (entre os quais os “títulos armazeneiros”), a recuperação judicial, extrajudicial e a falência, o agronegócio, o “processo empresarial”, etc., propondo ainda alterações nos Códigos Civil e Penal. Deixa de lado, porém, matérias importantíssimas: cheque, cédulas de crédito industrial, investimentos coletivos, como são os fundos de investimento, em todas as suas modalidades, só disciplinados em regulamentos da CVM, seguros, contratos derivativos, etc. E as deixa de lado porque, naturalmente, é inviável a ideia de um código oni-abrangente.

Ora, tais objeções já deixam claro que, apesar das modificações e reformas jurídicas necessárias a regulamentar o novo cenário comercial brasileiro, a criação de um novo código comercial já se revela um expediente desnecessário e supérfluo, principalmente tendo em vista a atual formulação do anteprojeto do PL 1572/2011, tida por muitos como absolutamente inadequada à realidade que pretende disciplinar.

Importa considerar que um novo código sempre dá origem a numerosas discussões e dissensões doutrinárias, com inevitáveis reflexos sobre a prática jurisprudencial. O Direito Privado brasileiro – o qual nunca adotou a perspectiva da unificação completa, fortemente defendida por Teixeira de Freitas, mas afastada por Clóvis Bevilácqua na elaboração do primeiro Código Civil brasileiro – já é suficientemente prolífico de polêmicas, de divergências e mesmo de colisões normativas. Um novo código só irá fomentar o recrudescimento desses problemas, principalmente ao regular – como faz o referido anteprojeto – matérias já tratadas, e com mais excelência, em outros diplomas legislativos.

3 A autonomia do direito comercial e unificação das obrigações

Antes de qualquer exame sobre a autonomia do direito comercial, é preciso ter em mente a distinção entre as duas acepções do conceito de autonomia, tal como estabelecidas pelo professor Waldirio Bulgarelli (1998, p.55): a autonomia formal ou legislativa e a autonomia substancial ou científica.

A primeira delas diz respeito às fontes formais do direito comercial. Diz-se que ele é autônomo se estiver contido em um código próprio, distinto do código civil. A segunda autonomia, de caráter substancial, diz respeito ao conteúdo das normas: diz-se que há um direito comercial autônomo se houver disposições independentes relativas aos institutos do direito mercantil, estejam ou não reunidas em um código formalmente autônomo. Afinal, como elucida Fábio Ulhôa Coelho (2005, p.24), a autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa.

Em segundo lugar, importa considerar que a bipartição do direito privado em direito civil e comercial, longe de ser uma opção legislativa deste ou daquele Estado, foi uma decorrência histórica da própria maneira como o direito comercial se desenvolveu (FERREIRA, 1954, p. 69): conforme visto no primeiro capítulo, o direito comercial surgiu como estatuto das corporações de ofício – fase subjetiva, ganhando, em momento posterior, maior universalidade e entrando, pois, em sua fase objetiva.

Ora, percebe-se que o direito comercial, de início, não se destinava a integrar o ordenamento jurídico na mesma categoria em que o faziam o direito penal, o civil, etc, já que ambicionava ser, apenas, o estatuto de uma dada categoria profissional. Foi o rumo da evolução econômica dessa categoria que levou à equiparação deste ramo do Direito aos demais e o pôs lado a lado com o direito civil. Essa equiparação, porém, evidenciou as enormes similaridades entre esses dois ramos do direito e levantou o questionamento: por que não unificá-los em um só código?

A exemplo disso, pode-se mencionar as diretrizes constitucionais que regulam a ordem econômica (art. 170⁴ e 192⁵, Constituição Federal de 1988) que demonstram escorreita relação direta com a economia, concluindo por uma busca de uma maior adequação e diálogo com o mercado⁶ e suas particularidades.

Nesse panorama, diversos comercialistas surgiram em defesa da unificação do direito privado, pugnando pela supressão da dicotomia entre ambos os ramos. Entre eles, Cesare Vivante se tornou o principal representante da doutrina unificadora do direito privado. Segundo Rubens Requião, Vivante resumia em quatro os principais prejuízos ocasionados pela autonomia do direito privado.

Em primeiro lugar, ressaltava ele que as diferenças naturais entre o direito civil e o comercial não seriam, de todo, banidas pela codificação única de ambos. Para ilustrar, Cesare Vivante tomou como referência o direito suíço e também o direito anglo-saxônico, que regulam de forma unificada as relações civis e comerciais. Sobre este último, assim afirma Thomas Moffitt Stevens, em obra destinada especificamente a salientar as diferenças entre as concepções latina e anglo-saxônica do Direito Comercial (1909, p.VII):

-
- 4 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, observado 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; 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.
 - 5 Art. 192 - O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.
 - 6 Paula Forgioni (2009, p. 100), ao tratar da evolução do direito comercial, aduz que de um direito medieval, ligado ao mercador, passou-se ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio, para a atividade da empresa, a qual deve ser estudada a partir da função econômica, objetivo fulcral do mercado (teoria do mercado).

Le droit commercial est, en France, un composé de règles qui complètent le droit civil ou qui le corrigent en vue de besoins spéciaux aux relations commerciales, besoins de libre concurrence, de rapidité, de rigueur dans l'exécution. En principe, notre droit commercial contient des règles exceptionnelles et modifie des institutions déjà organisées par le droit civil. Au contraire, le droit commercial est, en Angleterre, la partie de la législation générale elle-même, réglant les institutions qui trouvent une application dans la vie commerciale⁷.

Ora, conforme se percebe, a concepção anglo-saxônica do direito comercial consiste em -lo às demais subdivisões do direito privado, tais como o direito das coisas, o direito equipará de família, e assim por diante, ao passo que a concepção românica do *jus mercatorum* indica sua suposta excepcionalidade em face do direito civil, que corresponde à regra geral. Como exemplo, pode-se apontar a exposição de motivos do anteprojeto do código comercial de 1850 (*loc. cit*):

Nesta parte a Comissão firme no principio de que convém dar aos nossos Comerciantes normas directoras de todos os seus actos mercantis, e attendendo a que as Leis Civis do Imperio são escassas na materia de Contractos, ordenou titulos completos das diversas naturezas de Contractos admissiveis em Commercio, nos quaes pensa ter substanciado as regras que podem ter applicação nas transacções mercantis.

7 O direito comercial é, na França, um conjunto de regras que completam o direito civil e o corrigem em vista das condições específicas das relações comerciais, condições de livre concorrência, de rapidez, de rigor na execução. Em princípio, nosso direito comercial contém regras excepcionais e modifica instituições já organizadas pelo direito civil. Por outro lado, o direito comercial é, na Inglaterra, a parte de própria legislação geral, regulamentando as instituições que encontram aplicação na vida comercial. (tradução livre)

Em segundo lugar, ressaltou Vivante a própria universalidade adquirida pelo Direito Comercial, graças a qual este passou a regular não somente os atos praticados por comerciantes, mas também os que outros praticassem em sua relação com estes. Ora, esta possibilidade daria margem a que muitos abusos e fraudes fossem cometidas pelos mercadores, além do inegável privilégio que teriam – já que eventuais conflitos, mesmo que surgidos a partir das relações entre eles e não-comerciantes, seriam submetidos às regras por estes instituídas.

Em terceiro, apontou que não só quanto às normas aplicáveis, no caso concreto, teriam vantagem os comerciantes: também quanto a diversos efeitos jurídicos, restariam prejudicados os não-comerciantes envolvidos em conflitos considerados como de competência da Justiça Comercial. Seria possível, por exemplo, que um indivíduo ficasse privado de crédito perante a comunidade dos comerciantes pela prática de atos jurídicos erroneamente tidos como comerciais.

Por último, a bipartição do direito privado acabaria provocando danos à própria ciência jusprivatística, em razão – segundo Vivante – da desatenção dos comercialistas às regras gerais do direito privado, motivo que os levaria a erigir como “novidades” institutos já consagrados na esfera civil, ou mesmo a criar novas modalidades de contrato consoante sua própria principiologia, afrontando, possivelmente, os princípios gerais estabelecidos no código civil, aduzia ele em seu *Trattato di Diritto Commerciale* (1906, p.2):

L'autonomia del diritto commerciale, che sorse spontanea quando il commercio era esercitato esclusivamente dai commercianti iscritti nelle corporazioni, sembra un anacronismo oggidi in cui gli atti di commercio sei esercitano liberamente, ora per professione, ora isolatamente, da chiunque ne ha voglia. La separazione tradizionale della nostra costituzione sociale, dove s'infiltra in ogni senso il commercio colle sue consuetudini. Perciò mette il conto de esaminare se le ragioni storiche

*di quell'autonomia la giustificano anche nel mondo moderno, e ciò per affrettare la fusione del diritto privato in un Codice único*⁸.

Apesar da firmeza com que defendeu a unificação do direito privado no início de sua carreira, o mesmo Cesare Vivante, quando foi incumbido, anos depois, de elaborar o anteprojeto de reforma do Código Comercial italiano então vigente, alterou radicalmente seu posicionamento e passou a sustentar a nocividade não da autonomia do direito comercial, mas de sua fusão com o direito civil.

O argumento principal a embasar a nova consideração era o da diferença essencial entre as realidades sociais sobre as quais incide o direito comercial e aquelas que ficam sob a égide do direito civil. Com efeito, percebeu ele que inúmeras questões estudadas pelo direito comercial não podem receber do direito civil a correta regulamentação (REQUIÃO, 2012, p. 45):

Justifica-se a autonomia pela diferença de método entre o direito civil e o direito comercial: neste prevalece o método indutivo; naquele, o dedutivo. O direito comercial tem, de fato, uma índole cosmopolita que decorre do próprio comércio. A disciplina dos títulos de crédito, a circulação, o portador de boa-fé, são institutos que dão uma feição diferente da que prevalece no direito civil. Os negócios a distância, entre ausentes, são problemas que o direito civil não resolve e, por fim, o direito comercial regula os negócios em massa, ao passo que o direito civil se ocupa de atos isolados.

8 A autonomia do direito comercial, que surge espontânea quando o comércio era exercido exclusivamente pelos comerciantes inscritos nas corporações, parece um anacronismo hodiernamente, quando os atos de comércio se exercitam livremente, ora de forma profissional, ora de forma isolada, por qualquer que um que o queira. A separação tradicional do direito privado parecem contrastar com a homogeneidade da nossa constituição social, na qual se infiltra o comércio, em todos os sentidos, com seus costumes. Por isso, incumbe examinar se as razões históricas daquela autonomia a justificam também no mundo moderno. (tradução livre)

No Direito Brasileiro, as discussões relacionadas à autonomia do direito comercial perante os demais ramos jurídicos teve início, notadamente, a partir do projeto de código civil apresentado pelo ilustre jurista Teixeira de Freitas – o qual antecedeu, em muitos anos, qualquer tentativa unificadora na Europa (inclusive a de Vivante).

Conforme explica o consagrado comercialista Waldemar Ferreira (1954, p.72), antes de cumprir integralmente a tarefa elaborativa que lhe fora cometida por decreto imperial, Teixeira de Freitas publicou uma exposição de motivos em que ofereceu diversas e severas críticas ao sistema jurídico-privado então vigente e aceito pelo Império – especialmente no que se refere ao direito comercial, sobre o qual discorreu:

Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se o nome de direito comercial ou código comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência. Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que em todo o decurso de um código civil aparecem raros casos, em que seja de mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos. Entretanto, a inércia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações jurídicas, formou lentamente um grande depósito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de exceção, e que de leis passaram a ser códigos, com seus tribunais de jurisdição restrita e improrrogável. Eis a história do direito comercial! Eis falsificada a instrução jurídica e aturdidos os espíritos com a frívola anatomia dos atos até extrair-lhe das entranhas o delicado critério!

Ora, em que pesem os fortes argumentos em favor da unificação do direito privado, é preciso reforçar o que têm dito muitos dos modernos es-

tudiosos do assunto, que, mesmo convindo com aqueles argumentos, ressaltam a possibilidade de que a unidade do direito privado não se dê de forma efetiva, substancial, mas acabe se limitando à esfera meramente legislativa.

Nesse sentido, pondera Francisco Garo (1955, p.37) que a unificação do direito privado não impede os inconvenientes indicados pelos que a defendem: o avanço do direito comercial sobre o direito civil é um fenômeno inevitável nas sociedades modernas, quer estejam ambos regulados num só diploma ou não, haja vista a maior segurança e agilidade daquele ramo jurídico, decorrente da própria essência das transações mercantis.

Outrossim, a possibilidade de surgirem dúvidas sobre qual das divisões do direito privado deve ser aplicada a determinada situação concreta existe não só entre o direito civil e o comercial, mas também entre o direito civil e os outros ramos do direito (administrativo, penal, etc).

Além disso, o exemplo suíço de unificação – constantemente citado pelos defensores da unidade privatística – acha-se vinculado às condições históricas concretas daquele país, que por muito tempo ficou dividido em inúmeras unidades político-administrativas – os cantões, em cada uma das quais vigorava uma legislação mercantil em particular, o que justificava sobretudo a unificação.

Por fim, esses argumentos evidenciam que o simples fato do direito comercial deixar de ser regulamentado em um diploma autônomo e passar a ser uma parte do direito civil não retira a eficácia de seus institutos, isto é, não impede que disposições eminentemente mercantis continuem a ser aplicadas, erroneamente, a situações que deveriam incidir sob a órbita do direito privado, dentre diversas outras situações que justificam a unificação.

Em vista disso, cumpre manter um olhar crítico sobre a proposta unificadora do direito privado, a qual, mesmo quando realizada do ponto de vista formal e legislativo, nem sempre corresponde à subordinação substancial do direito comercial ao direito civil – a qual seria, aliás, bastante inconveniente, haja vista as inúmeras particularidades do mundo mercantil e a celeridade

com que evolui perante outras ramificações jurídicas, características suficientes para reforçarem, pois, sua autonomia no ordenamento jurídico.

No que tange especificamente a unificação das obrigações no Código Civil de 2002, é importante observar que se deu, tão-somente, uma ampliação de dispositivos em um só código que, até então, encontravam-se em fontes diferentes não perdendo, ali ou aqui, seu caráter complementar. A unificação do direito obrigacional na legislação civil não foi e é suficiente para falar-se de uma unificação macro que, para muitos, seria a unificação do direito privado. A tão buscada autonomia não se encontra na unificação legislativa (novas legislações, um novo código etc), mas sim na observância ao mercado que vem se desenvolvendo, e a correta hermenêutica que se dá as normas já existentes.

Conclusão

A análise de qualquer legislação/codificação deve-se, sem sombra de dúvida, observar não só os anseios que se pretendia com sua feitura, como também o contexto histórico o qual fora pano de fundo da produção legislativa. Especificamente no Brasil, a atividade comercial (e as regras à época), teve como início a abertura dos portos em 1808, modificando a época colonial para uma fase de desenvolvimento da mercancia (nomeava-se como mercancia a atividade econômica desenvolvida com mercadorias).

Passaram-se algumas décadas, e sobre forte influência da era das codificações (tal “era” foi um momento histórico que se deu em 1807 na França, encabeçado por Napoleão, com intuito de criar corpos normativos para regulação de determinadas matérias), concebeu-se o Código Comercial de 1850. A evolução econômica e a necessidade de regulação, para além das atividades comerciais, deu ensejo ao Código Civil de 1916, surgindo a partir daí, uma tímida dicotomia do direito privado.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, revogou-se integralmente o Código Civil de 1916, e parcialmente o Código Comercial de 1850, ocasião em que claro restou os reflexos das discussões ao longo dessa jornada reflexiva de regulações, quais sejam, a manutenção da dicotomia (civil e comercial), busca pela autonomia do direito comercial e a unificação do direito obrigacional no atual código civil.

Nesse contexto, ao longo dessa trajetória, e tendo como argumento a autonomia do direito comercial, hodiernamente, discute-se proposta de um novo código comercial que não parece ser o melhor caminho para a resolução de eventuais problemas do ramo aqui analisado. Ademais, não é a feitura de novos instrumentos legislativos que irá solucionar a integralidade dos problemas enfrentados.

Apesar do respeitável objetivo de se desvincular da ideologia italiana que influenciou nossa legislação civil (e esta ter sido concebida em outro contexto histórico), acredita-se que criar um novo código seria desnecessário, pois, como se pretende hoje, estaria apenas reproduzindo dispositivos/diplomas esparsos da legislação pátria vigente.

Além disso, vale ressaltar que se tem dispositivos por demais, microssistemas bem definidos e redigidos, legislações bem pensadas. A deficiência que se mostra aparente está no campo ético, na hermenêutica de tais microssistemas e na complementariedade positiva que se pode obter através de exercícios hermenêuticos que tenham como objetivo otimizar a prestação jurisdicional e a regulação da atividade econômica. Importante mencionar, a título ilustrativo, as diretrizes constitucionais que regulam a ordem econômica que demonstram a relação íntima com a economia, concluindo por uma busca de uma maior adequação e diálogo com o mercado e suas particularidades.

Por outro lado, a autonomia formal da discutida codificação não se traduziria em evolução e autonomia do direito comercial, mas pelo contrário, poderia limitar este ramo e deixá-lo com prescrições restritas que prejudicaria a efetiva hermenêutica da função econômica e social do mercado.

Portanto, a falsa ideia de unificação do direito privado (em virtude da promulgação do Código Civil de 2002, e conseqüente revogação de parte do Código Comercial e integralidade do Código Civil de 1916), conjugada a discussão da autonomia do direito comercial, não se traduz em unificação dos direitos civil e comercial, mas tão somente naquilo que tange ao direito obrigacional (o que em contrapartida não retira a autonomia do direito comercial), não sendo, momentaneamente, a promulgação de um novo código comercial a solução mágica para os impasses, divergências e problemas que permeiam o cenário empresarial e econômico.

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (Coord.). **Temas de Direito Civil-Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AQUINO, Leonardo Gomes de . **A História do direito comercial dos primórdios ao século XXI** . Ciência jurídica . *Ano 2007 , v. 21 , n. 134 , mes MAR/ABR , páginas 68-90 (34).*

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva e cia, 1947.

_____, **Introducción al Derecho Comercial**. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947.

BORBA, José Edwaldo Tavares, **Direito Societário**. 11º. Editora Renovar, 2008.

BRASIL, **Lei nº 556/1850**, jun. 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm Acesso em 30 de nove. 2013.

_____, **Lei nº 3.071/1916**, jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm Acesso em 29 de nov. 2013.

_____, **Lei nº 10.406/2002**, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em 15 nov.2013.

_____, **Projeto de Lei nº 1.572/2011**, jun. 2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F8523ACF8BE00FB62E4C8B57D61502AD.node1?codteor=888462&filename=PL+1572/2011
Acesso em 11 nov. 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Philomeno J. da. **Autonomia do Direito Comercial**. São Paulo, Ed. RT, 1956.

CREMONEZE, Paulo Henrique. **O direito marítimo e a Emenda 56 ao PL do novo Código Comercial**, Out. 2013. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/25457/o-direito-maritimo-e-a-emenda-56-ao-pl-do-novo-codigo-comercial> >
Acesso em 15 nov. 2013.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1954. Vol. 1.

_____, **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **O projeto do Código Comercial**, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044-O+projeto+do+Codigo+Comercial>> Acesso em 12 nov. 2013.

GARO, Francisco J. **Derecho Comercial: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LACOUR, Léon. **Précis de Droit Commercial**. Paris: Librairie Dalloz, 1953.

LIMA, Adamastor. **Introdução ao Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1956.

LOPES, José Reinaldo de Lima . **A Formação do direito comercial brasileiro. A criação dos tribunais de comércio do império. Uma história da proto-regulação econômica brasileira** . Cadernos direito GV . Ano 2007 , v. 4 , n. 6 , mes NOV , páginas 5-50 (34).

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957, Vol. I, Livro I.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial**. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, Vol. 1

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **Manual de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEVENS, Thomas Moffitt. **Éléments du droit commercial anglais**. Trad. L. Escarti. Paris: V. Giardi e E. Brière libraires-éditeurs, 1909.

THALLER, Edmond. **Traité Élémentaire de Droit Commercial**. Paris: Arthur Rousseau, 1910.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Buenos Aires: Editorial Labor S/A, 1930.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi: Milão, 1906. Vol. I.

recebido em 4 jun. 2015 / aprovado em 25 set. 2015

Para referenciar este texto:

POMPEU, G. V. M.; CORREIO, T. P. A. Novo Código Comercial no Brasil e a Unificação das Obrigações no Código Civil de 2002. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 133-158, jul./dez. 2014.