

A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E UM NOVO CÓDIGO COMERCIAL

THE AUTONOMY OF COMMERCIAL LAW AND A NEW COMMERCIAL CODE

¹Marina Zava de Faria

<http://lattes.cnpq.br/8604979682033155>

<https://orcid.org/0000-0002-7818-5848>

RECEBIDO 02/08/2020

APROVADO 04/08/2020

PUBLICADO 06/08/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a autonomia do Direito Comercial, com o intuito de destacar seus aspectos mais relevantes. Sequencialmente, será feita uma confrontação do seu enfraquecimento ao longo do tempo, principalmente em virtude da relativa unificação oriunda do advento do Código Civil de 2002. Desse modo, em desfecho, defenderemos a necessidade da promulgação de um novo Código Comercial o qual deverá ratificar a autonomia do Direito Comercial, além de propiciar a sua evolução e fortalecimento.

Palavras Chaves: Direito Comercial. Autonomia. Novo Código Comercial.

RESUME

This article aims to discuss the autonomy of Commercial Law, in order to highlight its most relevant aspects. Sequentially, there will be a confrontation of its weakening over time, mainly due to the relative unification resulting from the advent of the 2002 Civil Code. autonomy of Commercial Law, in addition to promoting its evolution and strengthening.

Keywords: Commercial Law. Autonomy. New Commercial Code.

INTRODUÇÃO

¹ Professora da Universidade Estadual de Goiás. Doutora em Direito Comercial PUC-SP.

O artigo “autonomia do direito comercial e um novo Código Comercial” tem como objetivo discorrer sobre a autonomia do Direito Comercial desde a origem até a atualidade. Pretende-se por meio do estudo da origem, evolução, finalidade e regras do direito comercial, analisar a autonomia da disciplina ao longo do tempo verificando se ela existe satisfatoriamente nos dias atuais. Em seguida, propõe-se discorrer sobre os impactos da regulamentação do CC/02 para o direito comercial. Por fim, será analisado a necessidade de criação de um Código Comercial autônomo e independente a fim de assegurar a autonomia da disciplina e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país.

O tema é importante e fundamental em um momento de enfraquecimento do direito comercial na regulamentação da relação especial envolvendo empresa, – principalmente em decorrência da unificação da codificação - assim, como pela discussão de dois projetos de lei tramitando sobre o assunto, um no Senado e outro na Câmara dos Deputados. A fim de justificar a escolha do tema e sua importância discorreremos sobre elementos importantes do trabalho.

1. DIREITO COMERCIAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A palavra comércio tem sua origem no latim *commutatio mercium*, que significa troca de mercadorias. Nas palavras de Vidaria (1910, p.1) “o comércio é a parte da economia que estuda os fenômenos pelos quais os bens passam das mãos de uma pessoa a outra, ou de um a outro lugar”. No início a troca foi um elemento fundamental para o convívio em sociedade, sendo necessária e cômoda para a satisfação das necessidades de um grupo social.

Entretanto, como a oferta e a procura não eram coincidentes, vários inconvenientes aconteciam, sendo necessária, a criação de uma mercadoria que serviria de padrão para as trocas: a moeda. Assim, em virtude da importância da troca de mercadorias, surgiu uma atividade profissional em volta desta, qual seja: a mercancia. A intermediação para facilitar a troca, aliada ao aumento do valor das mercadorias (lucro), caracterizava a atividade mercantil. Esta atividade remonta os primórdios, sendo o comércio existente desde a Idade Antiga, tendo os fenômenos se destacado no exercício da atividade mercantil.

Já o direito comercial surge em momento posterior. Na Idade Antiga, apesar da presença de leis esparsas para a disciplina do comércio, não existia um regime jurídico sistematizado com regras e princípios próprios. Em Roma, as regras comerciais existentes faziam parte do direito privado comum, ou seja, do *jus privatorum ou jus civile*. É na Idade Média, que com o renascimento das cidades e o fortalecimento do comércio marítimo que

apontam como o surgimento do direito comercial. Essas regras, naquele momento, devido à descentralização do poder, eram consideradas “direitos locais”.

Devido à efervescência da atividade mercantil que se observava a classe burguesa, os chamados mercadores, precisaram se organizar e construir um próprio direito, a ser aplicado aos conflitos existentes. Assim, as regras de direito comercial vão surgindo, da própria necessidade e dinâmica da atividade negocial. Surgem em virtude das exigências do fenômeno comercial. (VALERI, 1950, p.3). O desenvolvimento da atividade comercial trouxe a tona, a insuficiência do direito civil para disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam.

A primeira fase do direito comercial é marcada por usos e costumes mercantis, e na ausência do Estado na sua elaboração. Por meio das corporações de ofício as regras eram criadas pelos mercadores e para os mercadores. As regras – *ius mercatorum*- eram aplicadas a todos os mercadores vinculados a uma corporação de ofício, bastando que uma das partes de determinada relação fosse comerciante, em detrimento dos demais direitos aplicados e que a questão também fosse ligada ao exercício do comércio. Alguns institutos do direito comercial remontam deste período, como os títulos de crédito, sociedades, contratos mercantis e bancos (FORGIONI, 2012, p.13).

O direito comercial, atento aos anseios da classe em ascensão provocou uma grande mudança na doutrina contratualista cristalizada no direito romano. Segundo Ramos (2011, p. 3) “Em Roma, os ideais de segurança e estabilidade da classe dominante “prenderam” o contrato, atrelando-o ao instituto da propriedade”. Assim o contrato era apenas o meio pelo qual se adquiria ou se transferia uma coisa. A concepção estática do direito romano baseada na propriedade imobiliária e cheia de obstáculos para circulação perde espaço para o princípio da liberdade na forma de celebração dos contratos. Surge então um direito específico, peculiar a uma determinada classe social e disciplinador da nova realidade econômica que emergia.

No Brasil tal sistema predominou durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX, na medida em que as normas editadas em tais períodos se referiam aos homens de negócios, seus privilégios e sua falência. (TOMAZETTE, 2014, p.8).

Em um segundo momento, com a formação dos Estados Nacionais, as corporações de ofício vão perdendo o monopólio da jurisdição mercantil, à medida que, os Estados reivindicam e chamam para si o monopólio da jurisdição, consagrando a liberdade e igualdade no exercício das artes e ofícios. Assim é que, em 1804 e 1808, respectivamente, são editados, na França, o Código Civil e o Código Comercial. O direito comercial passa a ser um sistema jurídico estatal.

A Codificação Napoleônica divide o direito privado: de um lado o direito civil e de outro o direito comercial. Segundo Ramos (2011, p. 4):

O Código Civil Napoleônico era fundamentalmente, um corpo de leis que atendia os interesses na nobreza fundiária, pois estava centrado no direito da propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial valorizando a riqueza mobiliária.

Tendo as disciplinas diferenças e necessidades marcantes, foi feita a codificação do direito privado em dois Códigos, o Código Civil e o Código 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 mercantis. 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.**

Assim, 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, que tinha 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. Assim o direito comercial regularia, portanto as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio.

A definição de atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optou por descrever suas características básicas ou por enumerar, num *rol* de condutas típicas, que atos seriam considerados de mercancia. A doutrina criticava o sistema francês afirmando que nunca se conseguiu definir satisfatoriamente os atos de comércio. Nesta época do direito comercial era conceituado por Vivante (2006, p.7) como sendo “a parte do direito privado que têm principalmente por objeto regular as relações jurídicas que nascem do exercício do comércio”.

No Brasil, o Código Comercial de 1850, adotou a teoria francesa dos atos de comércio, por influência da codificação napoleônica, e promulgou o Regulamento 727 com as atividades que eram consideradas “atos de comércio”. Embora Carvalho de Mendonça tentasse conceituar cientificamente os atos de comércio, não se conseguiu estabelecer um critério unitário aos atos de comércio. Barreto Filho (1999, p. 299), compartilhando a orientação daqueles que criticam o sistema objetivo, afirma que:

Se compete à lei, e, última análise, a definição de comerciante, ou de ato de comércio, e, por conseguintes, da matéria do comércio, conclui-se de modo irresistível que o Direito Mercantil é antes uma categoria legislativa, do que uma categoria lógica.

É de se notar que as críticas se referem ao critério definidor do âmbito de incidência entre Código Civil e Comercial, sendo que a teoria dos atos de comércio definitivamente não

funcionava. Embora, poucas eram as críticas referentes à dupla codificação referente às disciplinas de direito privado.

Com a visão ultrapassada da teoria dos atos de comércio e a necessidade econômica que impulsionou o direito comercial, sobretudo após a Revolução Industrial, várias atividades econômicas relevantes surgiram, e muitas delas não estavam compreendidas no conceito de ato de comércio. E então, mesmo, antes da derrogação do Código Comercial a teoria dos atos do comércio foi sendo abandonada, como por exemplo, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locação predial urbana e reforma do registro mercantil (COELHO, 2014, p. 41).

Inaugurando a terceira fase do direito comercial é publicado na Itália o Código Civil de 1942, trazendo um novo sistema delimitador: a teoria da empresa. Embora o Código Civil italiano não tenha definido empresa, o jurista Alberto Asquini, analisando as empresas na Itália trouxe os perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. Ainda, o *codex* italiano optou por promover a unificação formal do direito privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legislativo. Assim, em princípio qualquer atividade econômica, desde que seja exercida empresarialmente, está submetida às regras do direito comercial.

Inspirado no *Codice Civile* italiano, o novo Código Civil brasileiro derogou grande parte do Código Comercial de 1850, mantendo apenas a segunda parte relativa ao comércio marítimo, na busca da unificação, ainda que formal do direito privado. O empresário nos termos do artigo 966 passou a ser aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Nos termos do Ministro João Otávio de Noronha:

2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" e, ao assim proceder, propiciou ao interprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo "o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". 3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa. (...) (STJ, REsp 623.367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p, 245)

Assim, se persiste a divisão material do direito privado, contrapondo regimes jurídicos distintos para a disciplina das relações civis e empresariais, continua a existir, em consequência, a necessidade de se estabelecer um critério que delimite o âmbito de incidência do direito comercial e esse critério foi justamente a teoria da empresa.

A justificativa da inclusão de parte da matéria mercantil no novo Código Civil, situação inédita no ordenamento jurídico nacional, deve-se exclusivamente a tentativa, sem sucesso, do engessamento do Direito Comercial, como forma de minimizar a crise e prestigiar o Direito Civil (a grande crise da mercantilização do direito civil, no século XX), tudo a partir da unificação das obrigações civis e mercantis, como previsto na Lei 10.406/2002.

Importante - para pleno conhecimento da dinâmica do estudo da unificação das obrigações - compreender que o legislador brasileiro, por razões variadas, copiou, embora com diferenças estruturais, daí a não fidelidade, o modelo do Código Civil italiano, inserindo, a nosso juízo, indevidamente, a matéria dos títulos de crédito e do direito da empresa e demais institutos mercantis conexos no Código Civil, representando, assim, ao invés de um avanço, verdadeiro prejuízo ao direito comercial.

Data vênia aos ilustres membros da Comissão Revisora e Elaboradora, mas o novo Código Civil, copiando o modelo do Código Civil italiano, de 1942, avançou na matéria mercantil, de forma precária e equivocada, revogando parcialmente o Código Comercial Imperial, de 1850.

Hoje, conceitua-se o direito comercial como o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a organização das empresas e as relações entre empresas no âmbito do mercado. Segundo Forgioni (2012, p. 17) o direito comercial constitui o complexo de normas que regulam a organização e o exercício profissional de uma atividade intermediária dirigida à satisfação das necessidades do mercado em geral e conseqüentemente os atos singulares nos quais essa atividade se concretiza. Nesse sentido, conclui-se que o direito comercial é o direito que regula a atividade empresarial e todos os atos que normalmente são praticados no exercício dessa atividade. O direito comercial é gênero que comporta várias espécies, como o direito marítimo, o direito cambial, o direito dos contratos, o direito das sociedades e o próprio direito de empresa.

O direito comercial em vista do âmbito de atuação é marcado pelo fragmentarismo, em decorrência da própria diversidade das situações abrangidas. Segundo Bulgarelli (1999, p. 21) o direito comercial se classifica:

Teoria geral do direito comercial: a parte geral do direito comercial, sua conceituação, sua delimitação. Direito das empresas e das sociedades: abrangendo o estudo do empresário individual ou coletivo. Direito industrial: estudo do estabelecimento comercial e a propriedade industrial. Direito cambiário ou cartular: estuda os títulos de crédito. Direito das obrigações mercantis: compreende o estudo dos contratos mercantis. Direito Falimentar: abrangeria o estudo das falências e da recuperação de empresas. Direito de Navegação: abrangeria o estudo do transporte por ar ou água.

Essa classificação demonstra a diversidade e especificidade de temas referente ao direito comercial e sua importância para o desenvolvimento econômico e social do país. Hoje

a matéria da disciplina está “esparramada” entre Código Comercial de 1850, Código Civil e Leis especiais, tais como a Lei de Falência, Lei do Cheque, Lei da Sociedade Anônima. Não podemos, também, olvidar dos princípios essenciais da disciplina como: liberdade de iniciativa, liberdade de competição e função social da empresa.

A partir das observações feitas, tentamos estabelecer em resumo, as bases históricas da afirmação do direito comercial, sua finalidade, e sua consagração como ramo jurídico independente e autônomo. Analisemos, agora, a autonomia do direito comercial.

2. AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

A autonomia de uma disciplina é a liberdade que goza determinado ramo do Direito em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial. A independência e a autonomia do direito comercial, como regime especial, decorrem do fato da disciplina possuir características, institutos e princípios próprios, elementos presentes desde o seu nascimento até hoje. Nesse sentido, não restam dúvidas que as atividades econômicas desenvolvidas no mercado possuem características muito específicas.

Ocorre que, com a unificação formal do direito privado a doutrina passou a discutir, com certa ênfase, a tese de unificação do direito privado, a qual partia, fundamentalmente, da idéia de que a separação entre o direito civil e o direito comercial não passava de um mero fenômeno histórico já superado, ligado sobre tudo ao surgimento e desenvolvimento do capitalismo.

Acreditamos, definitivamente que o processo de unificação legislativa do direito privado, não acarretou a perda da autonomia do direito comercial, inclusive em razão da autonomia garantida pela CF em artigo 22, inciso I. **Embora, pareça que talvez tenha propiciado um enfraquecimento e retrocesso da disciplina, como se pretende analisar no trabalho.**

Bem, 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 formaram 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 (BEVILAQUA, 2015, p. 75).

Foi na Idade Média, com a imigração do campo, desenvolvimento do comércio marítimo e intensificação de troca e produção industrial, que surgiu a necessidade de regras especiais. Assim, começa aparecer no direito privado, normas especiais que formam o direito comercial, chamado, por isso, direito privado especial, em contraposição do direito civil, direito privado geral. (TOMAZETTI, 2014, p. 24).

A fim de definir o âmbito do direito civil, Bevilaqua (2015, p.75), afirma que ele é o “complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família, em face dos bens considerados em seu valor de uso”. Do outro lado, o direito comercial teria um objeto mais específico e se voltaria à disciplina das relações jurídicas decorrentes do exercício de uma atividade econômica com determinadas características, a empresa.

A unidade da vida econômica moderna não permite uma disciplina única, por isso há a dicotomia direito civil e direito comercial. Há 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. 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.

Como examina se, o direito comercial surgiu de uma necessidade histórica, a necessidade dos comerciantes, de regular uma atividade especial. Esse direito se desenvolveu profundamente do modo que seus institutos passaram a ser utilizados não apenas pelos comerciantes, mas também por outros cidadãos. Segundo Tomazetti (2014, p. 25) essa intromissão da matéria mercantil no dia a dia das pessoas põe em xeque sua própria autonomia em face do direito civil, o que se torna mais atual no Brasil com o advento do Código Civil de 2002, que no Livro II da Parte especial trata do chamado direito de empresa. Essa insegurança tem preocupado os estudiosos.

A autonomia dos ramos do direito pode ser encarada sob dois aspectos: a autonomia formal ou legislativa e autonomia substancial ou jurídica. A autonomia formal ou legislativa existe quando há um corpo próprio de normas destacado no direito comum. Assim, o direito comercial possuiria autonomia se houvesse um Código próprio. Podemos afirmar que com o advento do Código Civil de 2002, que autonomia formal do direito comercial diminui drasticamente, mas não que deixou de existir completamente, pois ainda existe uma parte do Código Comercial que continua em vigor.

A autonomia substancial, por sua vez, se refere ao conteúdo da disciplina, se possui institutos e princípios específicos. O tema é objeto de grandes embates tanto pela doutrina nacional e estrangeira. Um momento marcante na controvérsia sobre a autonomia do direito comercial foi à aula inaugural proferida por Cesare Vivante na Universidade de Bolonha em 1892. O maior comercialista moderno atacou a divisão do direito privado, afirmando que não se justificava um tratamento autônomo do direito mercantil. Vivante, no entanto, não insistiu nessas críticas à autonomia do direito comercial; em 1919, após ser nomeado presidente da comissão de reforma da legislação comercial da Itália, abandonou a tese de unificação e elaborou um projeto de Código Comercial específico (COELHO, 2014, p. 31). No Brasil, expoentes como Teixeira de Freitas, Inglês de Souza, Orozimbo Nonato, Philomeno José da Costa também defendiam a unificação direito civil e direito comercial.

Dentre os autores que se manifestaram contrários a autonomia do direito comercial destacamos o posicionamento de Cesare Vivante e Philomeno José da Costa. Vivante sustentava, em um primeiro momento, que na vida moderna há certa uniformidade nas obrigações, o que não justificaria dois tratamentos diversos. Alegava que a divisão do direito privado era perniciosa ao progresso da ciência, dada a própria dificuldade da definição da matéria mercantil e por fim que a existência de dois códigos dificultaria a aplicação, quando existissem disposições em ambos sobre o mesmo instituto (VIVANTE, 2006, p. 18).

Philomeno José da Costa também negava a autonomia do direito comercial. Afirmava que o direito comercial desapareceu em decorrência do processo histórico; que os costumes, o cunho progressista e o caráter internacional não justificava a sua autonomia, e por fim alegava que há uma unidade na vida econômica não havendo motivos para um tratamento peculiar ao direito comercial (COSTA, 1956). O mesmo autor afirmava que a redução do direito comercial ao direito empresarial não daria uma solidez suficiente para o reconhecimento de uma eventual autonomia deste ramo do Direito. Gladston Mamede, por sua vez, assevera que com o Código Civil houve a unificação das matérias (MAMEDE, 2014, p.33).

Apesar dos posicionamentos, a autonomia do direito comercial é defendida em caráter majoritário. O próprio Vivante se retratou e reconheceu a autonomia do Direito Comercial. Reconheceu, em primeiro lugar, pois 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, afirmou 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.

Rocco, afirmava que não teria qualquer influência, a dificuldade de definição dos limites entre o direito comercial e o direito civil, e que o problema dos limites seria uma constante dentro do direito. Também não influiria na autonomia do direito comercial a questão das deficiências técnicas, na medida em que estas não decorreriam da dualidade do direito privado. Afirma que (2003, p.77):

a autonomia do direito comercial mesmo a luz da vida econômica moderna, asseverando que a atividade comercial reclama do direito uma maior simplicidade de formas e uma maior eficácia do crédito. O alargamento do direito comercial assim, apenas que as exigências do direito comercial se estenderam a outras relações econômicas, sem que isso afetasse a autonomia do direito comercial.

No Brasil, Oscar Barreto Filho defendeu a autonomia do direito mercantil em função da especialidade do fenômeno econômico regulado. Waldírio Bulgarelli também defendeu a autonomia, invocando a existência de institutos peculiares a vida comercial, os quais não podem ser regidos pelo direito comum. Segundo Coelho (2014, p. 44):

A autonomia do direito comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do direito privado, nem pela teoria da empresa, encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas. Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da teoria da empresa na Itália, e o direito comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados.

O direito mercantil é autônomo uma vez que as características peculiares ao direito civil não atendem as necessidades de uma atividade tão peculiar. Segundo Renault (1910, p. 3) são motivos para a necessidade desta distinção:

há instituições públicas ou privadas que são típicas do comércio, como as bolsas, os bancos e os armazéns gerais; as operações comerciais se realizam em massa envolvem grandes valores com frequência; e a importância no cumprimento das obrigações.

Não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no direito privado brasileiro, da teoria da empresa. Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixam de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do direito comercial. Aliás, a teoria da empresa não importa nem mesmo a unificação legislativa do direito privado.

O direito comercial repousa basicamente em três pilares: a rapidez; a segurança e o crédito. Em função disso, não se pode negar a autonomia do direito comercial, com suas características e princípios próprios.

Apesar de toda afirmação e fundamentação do direito comercial, percebemos que principalmente decorrente do advento do Código Civil uma perda gradativa desta autonomia e

retrocesso para a disciplina, e com isso uma necessidade de mudança eminente. E é justamente aqui que se justifica esse trabalho. Segundo Cordeiro *apud* Malcher Filho (2015, p. 79):

Tem se afirmado que as experiências unitárias suíça e italiana não conduziram nos respectivos espaços, ao desaparecimento do direito comercial. Não é rigorosamente exato. É verdade que a um tipo de problemática ligada à vida dos negócios – portanto: situações jurídicas nuclearmente empresariais, muito mais restritas do que o tradicional direito comercial -, um tanto à semelhança do atual Merchant Law anglo saxônico, adquire um tratamento em conjunto sob o título “Direito Comercial”. **Porém, os clássicos desenvolvimentos jurídicos comerciais, patentes em qualquer manual alemão, francês ou português perderam-se.** O manual típico italiano ocupa-se da empresa, das sociedades, das marcas e dos contratos comerciais, ignorando as muitas centenas de páginas que, antes de 1942, eram dedicadas aos comerciantes e aos atos de comércio. **O direito comercial mantém-se – até por osmose com as experiências vizinhas e por evidente peso de tradição – mas é qualitativa e quantitativamente diferente: mais fraco, menos coeso e mais sujeito a fracionar se em múltiplas disciplinas autônomas. (grifo nosso)**

Reiterando os dizeres do autor português: “o direito comercial mantém-se, mas é qualitativa e quantitativamente diferente: mais fraco, menos coeso e mais sujeito a fracionar se em múltiplas disciplinas autônomas.” O que outrora era forte como rocha, ante uma dupla codificação, perdeu lugar, com a unificação da legislação, para um emaranhado de leis esparsas juntamente com dúvidas e questionamentos.

No ambiente acadêmico e de estudos poucas diferenciações são feitas em relação ao direito civil e direito comercial, inclusive com muitos alunos, professores e advogados defendendo esse posicionamento. A legislação também caminha no intuito de desprezar essa diferenciação, sendo hoje poucos institutos de fato que são aplicados especificamente ao direito comercial. Nesse sentido ressalta Coelho (2014, p. 42):

No direito brasileiro vigente hoje, no Brasil, são duas as importantes conseqüências da configuração de certa atividade econômica como sujeita ao direito comercial: de um lado, a execução judicial concursal do patrimônio do empresário por meio de procedimento próprio, isto é, a falência, e, de outro, a possibilidade de requerer a recuperação judicial da empresa ou a homologação de recuperação extrajudicial. Nenhuma outra distinção de relevo, quanto ao regramento de suas relações com os demais particulares, separa hoje os empresários e os exercentes de atividades civis. Claro que há, pontualmente, algumas outras diferenças de tratamento, a exemplo das chamadas obrigações comuns aos empresários (escrituração, levantamento de balanços), ou a da prova do vínculo contratual e do efetivo cumprimento das obrigações como requisito para o protesto por indicações de duplicata de prestação de serviços, condição existente para a duplicata mercantil. **Mas de qualquer forma, em termos gerais, ao contrário do que se verificava no passado, sob a égide da teoria dos atos de comércio, é cada vez mais dispensável discernir a natureza civil ou empresarial do exercente de atividade econômica, para aplica o direito em vigor no Brasil. (grifo nosso)**

O conservadorismo do direito civil tem influenciado negativamente o direito comercial, o que nos leva a crer que a unificação da disciplina em um único diploma representou um retrocesso para o direito comercial. Mesmo com a afirmação da autonomia do direito

comercial, demonstrada ao longo deste projeto, as incertezas e insegurança sobre essa autonomia tem preocupado os juristas. **Percebemos que a real autonomia e liberdade do direito comercial está em xeque.**

O direito comercial tem seus próprios princípios, que fundamentam axiologicamente as regras centrais deste ramo jurídico. Mas por razões várias, inclusive a revogação, desde 2002, da primeira parte do Código Comercial, não estão sendo prestigiados em diversas decisões judiciais, implicando graves riscos à segurança jurídica. A enunciação, na ordem positivada, dos princípios do direito comercial apresenta-se, assim, como uma medida necessária ao aumento da segurança jurídica. A alegada falta da "devida aplicação" é, em parte, consequência da necessidade de harmonizar e ajustar o direito empresarial aos novos tempos (WAISBERG, 2015).

A configuração atual do direito positivo, não confere a devida importância à indispensável distinção que deve existir no tratamento jurídico das atividades econômicas empresariais, reclamando urgentemente alteração. Segundo Vivante (2006, p. 75):

Antes de iniciar a obra, a comissão não deixou de examinar a oportunidade de fundir, em um código único, o civil e o comercial. **Mas o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso, a diferente velocidade com que se elabora o conteúdo destes dois códigos provavelmente oporá sempre um grande obstáculo à unificação. (grifo nosso)**

Continua o autor dizendo:

A diferença de método nas codificações civis e mercantis, a disciplina dos títulos de crédito, os negócios celebrados em massa e, sobretudo a índole cosmopolita do comércio e do direito comercial, convenceram-me da inconveniência da unificação que acarretaria “grave prejuízo ao progresso do direito comercial. (grifo nosso)

Em outras palavras, a inserção de parte da matéria comercial no Código Civil restou absolutamente pífia, porquanto a um só tempo não unificou o direito privado e não revogou o Código Comercial de 1850, deixando fora do novo diploma outros institutos mercantis, com exceção da fraca teoria geral dos títulos de crédito e do desatualizado direito societário (direito da empresa) e nem tampouco retirou a autonomia substancial, acadêmica e formal ou legislativa do direito comercial. Em verdade, a reforma como ocorrida, especificamente no direito mercantil, não se justificou; ao revés, trouxe maior complicação didática ao estudo do direito comercial. Conclui-se que legislativamente falando, não foi interessante e produtivo, inserir o direito comercial no Código Civil, ainda que parcialmente, como ocorreu com a chegada do CC/2002.

A pretensa unificação legislativa do direito privado trouxe graves problemas para o direito comercial, pois os contratos cíveis e mercantis passaram a ter uma mesma “teoria geral” ignorando-se a enorme distinção que existe entre estes; as

normas gerais sobre os títulos de crédito estão em descompasso com as leis existentes, notadamente a Lei Uniforme de Genebra que resta incorporada há décadas ao nosso sistema jurídico; a sociedade limitada antes submetida à flexível e enxuto arcabouço normativo, tornou-se a figura societária burocrática e engessada; institutos jurídicos receberam confuso tratamento e atécnico gerando dificuldades interpretativas que promovem a insegurança jurídica, conforme ocorre com a difícil distinção prática entre as sociedades simples e as empresárias; 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; novas figuras já conhecidas pelo direito estrangeiro perderam a chance de serem adotadas, como a sociedade limitada unipessoal e o empresário individual de responsabilidade limitada (recentemente, a EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada que acabou de ser incorporada ao Código Civil de 2002 pela Lei 12.441/2011). (grifo nosso)

3. CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

Propõe-se a defender a necessidade de edição de um novo Código Comercial, sólido, moderno, eficiente e afinado com as melhores práticas internacionais. Acreditamos que uma nova regulamentação contribuirá para a consagração da autonomia do direito comercial, o desenvolvimento do direito comercial, a segurança para os negócios e o desenvolvimento econômico e social do país

Nesse sentido, existem dois projetos de lei de um novo Código Comercial tramitando, um no Senado, PL 487/2003 e na Câmara dos Deputados, PL 1572/2011 o que reflete a percepção da urgência na reforma do tema. Os projetos são tentativas de tirar o direito comercial das “trevas”, de dar segurança e efetividade e a oportunidade de se reafirmar a autonomia da disciplina.

A discussão sobre um tema tão relevante é, sem dúvida, salutar e mostra claramente que esse ramo do direito voltou a ocupar o destaque e atenção profissional e acadêmica que sua relevância sempre mereceu (WAISBERG, p.1).

Vários são os argumentos que justificam a necessidade de um novo instrumento para direito comercial, sendo uma delas a garantia de sua autonomia e todos os seus reflexos. Segundo Malcher Filho (2015, p. 73):

Percebe-se assim que a necessidade ou não de um novo Código Comercial a importância ou não do anteprojeto passa pela discussão quanto ao problema da autonomia ou unificação do direito privado, ou seja, se deve haver ou não a dicotomia. A autonomia do direito comercial deve ser preservada, ou seja, ela existe e nunca deixou de existir pelo simples fato do legislador ter optado por trazer para dentro do

Código Civil atual o direito de empresa e matérias afins. Entretanto, este fato trouxe dúvida quanto essa autonomia, causando nítida confusão entre os operadores do direito, sendo necessária a sistematização das normas de direito comercial. **Por isso precisamos de um novo Código Comercial para manter a autonomia do direito privado fora do alcance de qualquer dúvida. (grifo nosso)**

Importante frisar que entendemos que a autonomia do direito comercial existe e nunca deixou de existir pelo simples fato do legislador ter optado por trazer para dentro do Código Civil atual o direito de empresa e matérias afins. Entretanto, nota-se que este fato trouxe dúvida e enfraquecimento quanto essa autonomia, causando nítida confusão entre os operadores do direito, sendo necessária uma nova sistematização das normas de direito comercial. Assim, se torna imprescindível a edição de **um novo Código Comercial** que venha sistematizar, numa única lei, todas as matérias que se relacionem direta ou indiretamente a este ramo do direito, - embora, por óbvio, devem ser mantidas outras leis esparsas fora do seu âmbito dada à especificidade de cada negócio - a fim de **manter a autonomia do direito comercial fora do alcance de qualquer dúvida..** Segue alguns motivos para tal posicionamento.

Em outros termos, se é correta a assertiva contida no art. 3.º da LINDB de que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, a reunião normativa em um único diploma é dever imperioso de um país que pretende fomentar o desenvolvimento econômico e facilitar a compreensão das suas leis para aqueles que decidem se projetar nos campos do comércio, para que estes possam ter a real compreensão e extensão das regras que regulamentam a sua atividade.

A codificação decorre da necessidade de se reunir, em uma única norma, ainda que de vasta extensão, princípios e regras ou formas de solução. Os códigos formam um conjunto metódico, sistemático e harmônico de normas sobre determinado ponto do direito, facilitando o entendimento e o manejo dos institutos jurídicos, além de proporcionar a indispensável segurança jurídica. Contribuindo para o agrupamento, ordenando as fontes e princípios do direito, os códigos auxiliam na evolução e na boa aplicação do Direito.

O direito comercial usa do método indutivo, sendo que conclui-se as regras com base nos fatos. Por sua vez o direito civil utiliza o método dedutivo. Duas ciências com métodos diferentes deveriam ser alocadas em códigos diferentes. Além do método próprio, o direito comercial possui princípios próprios. Segundo Barreto Filho: “o direito mercantil é dotado de princípios próprios que decorrem de exigências econômicas. Nesse sentido podemos destacar o conceito de propriedade, circulação, e a necessidade de regulamentação uniforme dos negócios característicos da economia de massa, bem como à uniformização internacional das técnicas negociais. Por sua vez, o direito civil é cunhado em princípios formais e rígidos. Os

princípios da celeridade, simplicidade e ausência de formas, são incompatíveis com o direito civil. Ressalta-se que o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso.

A existência de codificações civis e comerciais separadas é fundamental para a preservação dos dados ontológicos que, ao direito comercial, conferem a sua autonomia.

Requião (2014, p. 31) reconhece características próprias no direito mercantil, quais sejam o cosmopolitismo, o individualismo, a informalidade o fragmentarismo e a proteção ao crédito. As mesmas não estão presentes no direito civil.

A simplicidade das formas é inerente ao direito comercial, tanto na formação quanto na extinção das relações jurídicas. Ora, a velocidade das relações econômicas modernas não permite que o conservadorismo do direito civil esteja presente nas relações de massa. É necessária uma disciplina mais célere aos negócios. Percebe-se essa característica, na representação de mercadorias por títulos, e a conseqüente circulação deste. Também, na prevalência da vontade na formação de relações, como nas sociedades.

O primeiro e último fim do direito comercial é o lucro, sendo a onerosidade essencial. O empresário age movido pelo lucro e a atividade empresarial é marcada pela objetivação do lucro, não sendo concebida na atividade empresarial a gratuidade. Sobre esta característica comenta Requião (2015, p. 153): “a onerosidade é a regra, e ela se presume. No Direito Civil a gratuidade é a constante, em muitos contratos, a começar pelo mandato. O *mutum*, no direito romano, era contrato entre amigo, passando a ser oneroso com o desenvolvimento do comércio”.

O crédito é elemento essencial para o exercício da atividade comercial e serve como máquina para o crescimento, e como tal deve ser protegido. Todo empresário necessita de crédito e trabalha com operações de crédito. Podemos elencar como mecanismos tipicamente comercialistas para a proteção ao crédito: a inoponibilidade de exceções pessoais nos títulos de crédito, o processo de execução que visa satisfazer a obrigação de forma rápida, a possibilidade de decretação da falência devido à impontualidade injustificada.

O cosmopolitismo ou internacionalismo do direito comercial se destina à regular relações que não se prendem a uma nação, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo com a globalização. O direito civil, por sua vez representa as concepções de vida de uma sociedade determinada, estando sujeito aos influxos históricos de cada nação. Assim as normas comerciais devem se atentar em relação aos mecanismos internacionais. O cosmopolitismo do direito comercial se reflete no grande número de tratados que disciplina a matéria mercantil, como a Lei Uniforme de Genebra.

O direito comercial é uma área especializada do conhecimento jurídico. Sua autonomia como disciplina curricular ou campo de atuação profissional específico, decorre dos conhecimentos extrajurídicos que professores e advogados devem buscar quando o elegem como atuação. Exige-se do comercialista não só dominar conceitos básicos de economia, administração de empresas, finanças e contabilidade, como principalmente compreender as necessidades próprias do empresário e a natureza de elemento de custo que o direito muitas vezes assume para este (COELHO, 2014, p. 37).

A unificação do direito privado, na forma realizada, importa desnecessária litigiosidade para a prévia discussão da natureza civil ou mercantil do foro, na definição de prazos, ritos processuais e regras de competência. Causa, ainda, insegurança decorrente da dificuldade na definição de sujeitos civis e sujeitos empresariais, podendo uma pessoa que pensava exercer atividade civil, ser surpreendida com a declaração de sua falência. Gera dificuldades na diferenciação e aplicação de regras do direito comercial, atua negativamente na evolução do processo científico e por fim enfraquece a autonomia do direito comercial.

Ante este profuso cenário legal e regulamentar, a edição de um *novel* Código Comercial, sem adentrar ao mérito das matérias por ele tratadas e também sem um juízo de valor sobre a necessidade de alteração das normas atualmente vigentes, nos parece salutar. Isso porque o ordenamento jurídico deve ter, na sua essência, o predicado de se mostrar coerente e coeso para aqueles que se submetem às suas regras, qualidade que se mostra difícil de ser verificada com a abundância de normas que, por vezes, afiguram-se complexas de serem compreendidas até por aqueles que são treinados nas cadeiras jurídicas.

Na verdade, a legislação empresarial brasileira reclama imediata modernização como medida destinada a melhorar o ambiente de negócios, atrair investimentos, reduzir custos, ampliar a competitividade e baratear os preços dos produtos e serviços. Os temas devem ser repensados como objetivo de ajustar a disciplina jurídica em vigor às necessidades da dinâmica economia brasileira da atualidade.

É necessário reconhecer a inviabilidade da unificação, com a retirada da matéria mercantil do Código Civil, deixando o direito comercial livre das amarras burocráticas do direito civil. Segundo Waisberg (2015):

Em nossa opinião, a resposta só pode ser uma: a criação do novo Código Comercial é útil e auxiliará sobremaneira o direito a dar respaldo à economia neste momento de desenvolvimento econômico. Um novo código irá modernizar, sistematizar, harmonizar e ajustar a legislação empresarial

CONCLUSÃO

Concluindo, tem-se que, a inserção de parte da matéria comercial no CC/2002, revela-se, aparentemente perniciososa, sendo um verdadeiro equívoco legislativo e absolutamente prejudicial ao direito comercial, por força de suas características e princípios de ausência de forma, celeridade dos negócios e acompanhamento do mundo econômico, além de sua natureza internacional, cujo engessamento legal certamente dificulta a harmonização ou unificação dos institutos mercantis, justamente no limiar deste século - cujo momento está a exigir maior integração econômica entre as nações e fortalecimento das relações internacionais de comércio.

A unificação está, ainda, em descompasso com a tendência mundial de alteração de antigos códigos generalistas e imprecisos em pequenas leis ou codificações especializadas e mais eficazes.

Reitera se que a autonomia de um determinando ramo do Direito consiste na liberdade que este goza em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial. Assim, a real autonomia do comercial é fundamental e imprescindível para a regulamentação da atividade empresarial e a única forma de garantir essa plena autonomia é por meio de um novo código especializado e eficiente.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto. *Direito Comercial: autonomia ou unificação*. São Paulo: Jolovi, 1989.

ASCARELLI, Tullio. *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

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.

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

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1985.

CAVALLI, Cassio. *Direito Comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

ECCO, Umberto. *Como fazer uma tese*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições do Direito Comercial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1954.

FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro – da mercancia ao mercado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico*, 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro – Empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. I. São Paulo: Bookseller, 2000.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v.I, 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto privato*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. I.

VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. São Paulo: Minelli, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas: 2014.

WAISBERG, Ivo. *O novo Código Comercial Brasileiro*. Valor Econômico.

WAISBERG, Ivo. *O Projeto de Lei nº 1.572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.