

A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E O DIREITO DE EMPRESA*

AUTONOMY OF THE COMMERCE AND TRADE LAW AND THE CORPORATE LAW

*Marcos Paulo de Almeida Salles***

Resumo:

O presente estudo é uma análise sobre as alterações havidas historicamente no instituto do Direito Mercantil, como um modo profissional da prática da atividade econômica nascida da necessidade e da conveniência de aproximar as fontes de fornecimento de bens e serviços da soleira do consumidor, de modo a satisfazer-lhe as necessidades, com o passar dos tempos. Uma tentativa didático-pedagógica de trazer o leitor à análise de seus próprios hábitos, do ponto de vista fático e jurídico, da baixa Idade Media à atualidade.

Palavra Chave: Direito Comercial. Empresa. Consumo. Obrigações Cíveis. Mercantis.

Abstract:

This study is an analysis of the changes in the Commerce and Trade Law, as a professional form to conduct the economical activity resulting from the need and the convenience to bring together the sources of supply of goods and services and the consumer, in order to meet its needs over the years. A didactic and educational attempt to make the reader analyze his own habits, from the fact and legal point-of-view, from the Low Middle Ages until the present days.

Keywords: Commerce and Trade Law. Company. Consumption. Civil and Mercantile Obligations.

1. Introdução

A intenção deste trabalho é trazer à luz uma vivência histórica e distintiva da tradicional dicotomia do Direito privado na História do Direito Brasileiro, encaminhando o pensamento do leitor à reanálise do quanto, em um curto espaço de cerca de 25 anos, se deu uma grande modificação no estatuto norteador da vida do cidadão e de suas circunstâncias, com a revogação de mais um terço do Código Comercial Brasileiro de 1850, no momento da promulgação do Código Civil Brasileiro de 2002, que veio substituir aquele de 1916

** O presente artigo é fruto dos estudos levados a efeito, no preparo da aula inaugural do ano letivo de 2010 da Faculdade de Direito da USP, no Campus de Ribeirão Preto. N. A. Com os nossos agradecimentos ao ilustre Professor Titular Ignácio M. Poveda Velasco, D.D. Diretor daquela Escola, que nos honrou com a indicação para esse inesquecível mister, que contou ainda com a presença do magnífico Reitor Professor Titular João Grandino Rodas.

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

que, por sua vez deu cobertura local às ordenações do Reino de Portugal, que regeram a vida do súdito e do cidadão, até após a proclamação da República.

Ao se olhar pelas datas, vê-se que o primeiro ato normativo econômico brasileiro foi aquele de que resultou a abertura dos portos pelo Regente em 1808, valendo dizer que a mercancia, ou atividade econômica com mercadorias, estava a pressionar a mansidão resultante do pacto colonial, que marcava a época puramente extrativista deste enorme quintal português, cobiçado por tantos...

Em 1850, menos de meio século, após esta abertura dos portos brasileiros ao comércio internacional, diretamente, sob a influencia francesa do período das codificações iniciadas por Napoleão, em 1807, surge o monumento legislativo, denominado Código Comercial Brasileiro, dividido em três partes uma das quais – o comércio marítimo – ainda, em vigor. Em renovação anterior revogou-se o direito das quebras, seu terceiro tomo, para, em 2002, com o Código Civil, revogar-se-lhe a parte primeira, do Direito Comercial Terrestre.

Como relembra Trajano Miranda Valverde¹

No seu percurso até a República, foi o Código Imperial sofrendo algumas alterações, provocadas quase todas por situações urgentes a resolver. [...]

Durante os 40 anos em que vigorou a legislação falimentar do Código, cujo processo, por demasiado lento, oneroso, não satisfazia aos interesses do comércio, não defendia suficientemente o crédito, críticas e projetos de reforma não faltaram... [...] O decreto republicano n. 917, de 24 de outubro de 1890, da lavra do eminente jurista Carlos de Carvalho, modificou totalmente a estrutura da legislação até então vigente, marcando a segunda fase da evolução do instituto da falência”

Por consequência o desaparecimento do terço final do Código Comercial de 1850.

Nesse entretanto, após a revogação expressa dos artigos, de 797 em diante, do vetusto Código Comercial de 1850, os demais artigos desde o 1.º vieram sendo objeto de interpretações jurisprudenciais modificadoras de sua leitura, à vista dos usos e costumes mercantis, que no Direito Comercial são fonte subsidiária normativa (art. 291) antes da Lei Civil.

Percebem então os leitores que nesse cenário o Direito Comercial se apresentou em 1850 com predomínio na legislação brasileira sobre a lei civil, então portuguesa de origem, para vir a ser brasileira somente em 1916, quando então já não estava em vigor a justiça especializada mercantil, exercida, nos moldes do Regulamento Processual 737/1850, pelos “Tribunais do Comércio” Neste quadro, a autonomia do

¹ VALVERDE, Trajano Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 16.

Direito Comercial estava intimamente ligada à escolha do Tribunal competente para julgar das ações em que, ao menos, uma das partes na relação jurídica de direito material, fosse comerciante.

Com a revogação do Regulamento 737, transferindo-se toda a atividade processual privada para o Direito Judiciário Civil, elimina-se no âmbito privatista uma justiça especial para os fatos do Direito Comercial, passando então a doutrina a discutir a autonomia deste ramo do Direito privado, analisando-a preliminarmente pelo seu histórico e entendendo sua instabilidade, mas procurando justificá-la pelo predomínio dos costumes, como fonte do direito.

Com a Constituição Federal de 1988 amplas modificações no âmbito desse relacionamento foram-se dando, em especial pelos fundamentos e princípios traçados pelo capítulo da ordem econômica e financeira; assim como procurando iniciar no sistema jurídico brasileiro as normas de proteção ao consumidor, e ainda como, uma revalorização no direito concorrencial, que, como veremos, dão azo a uma nova leitura para a autonomia do Direito Comercial.

2. Síntese Histórica

No âmbito deste trabalho não temos a intenção de revolver o passado para tratar do abastecimento das famílias em suas mais variadas modalidades, seja com o indivíduo conhecido como “mascate” seja com o abastecimento em Roma, que era feito ou diretamente pelos escravos, ou por intermédio dos estrangeiros.²

O que podemos dizer é que para o nosso escopo, o que mais nos interessa, é a influencia que exerceu sobre o Direito Comercial em sua forma contemporânea, a baixa Idade Média, do século XII em diante; isto é quando já teria havido a tessitura cultural entre os bárbaros e seus invadidos, nos séculos anteriores.

Imbuídos de que os privilégios próprios do entesouramento de natureza patrimonial, representado pela acumulação da moeda, que converteu as trocas em venda e compra, com capacidade para diferir o consumo; aglomerados nas encostas dos castelos ou nos espaços das freguesias dos mosteiros, aqueles que se resolveram profissionalizar na atitude de aproximar a natureza da soleira dos consumidores, acabaram por assumir uma utilidade pública que, pouco a pouco, se vai tornando indispensável ao suprimento de um caudal, cada vez maior, de necessidades primárias e secundárias desejadas pelo esforço criativo da mente humana.

² Philomeno Costa – (COSTA, Philomeno J. *Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956. p. 10) deixa constar que: “o direito privado positivo brasileiro está dividido em direito civil e em direito comercial, o romano, não. Havia a unidade. A fratura se processou na Idade Média”. No estagio do renascimento social no século XII deve-se enxergar a clivagem no direito privado medieval.

Para tanto eram necessários pontos de encontro entre a oferta e a procura, nascendo as “feiras da Idade Média” a começar daquelas da Região de Champanha no Noroeste de França. Bancas de alimentos, bancas de moedas e câmbio e até “bancas rotas” (aquelas que não honraram com a pontualidade e foram “quebradas”) expulsas do ambiente auto-regulado, por meio de usos e costumes comerciais.

É a *lex mercatória* oferecendo-se para a regulação do comportamento dos mercadores, na preservação do sucesso de seus mercados.

Lembrando Ascarelli,³ “o panorama muda com a introdução dos títulos de crédito e muda tanto mais profundamente quanto mais esses títulos se desenvolvem e aperfeiçoam, difundem e se multiplicam, no seu número e nas suas espécies” o que nos faz concordar com a magistral função que têm esses instrumentos jurídicos, nascidos nas feiras da Idade Média e que do tratamento jurídico que vêm tendo, são objeto de circulação como coisa móvel, isto é mediante simples tradição ou endosso seguido da tradição, facilitando, na verdade, a circulação do direito neles contido, por meio de sua movimentação física há algum tempo e, escritural no mundo contemporâneo.

3. O mercado como fato jurídico

A noção de demanda, no sentido de satisfação dos desejos (ou necessidades) humanos implica sempre em haver um instrumento de impulsão que age como *vis conductibile* que responde pela imagem da necessidade; sejam elas primárias, sejam secundárias, sejam prementes, sejam diferéteis. Este elemento subjetivo e individual encaminha o demandante instintivamente, quando da busca pela sua satisfação; este elemento se fortalece na medida em que aumenta a vontade e esta vontade é que determina o instante do encontro da demanda com o bem ou serviço demandando, à vista de sua disponibilidade.

Neste momento encontramos o consentimento à permuta, que em principio guiou os passos dos respectivos sujeitos da relação jurídica que se avizinha e que se concretiza, se materializa, se aperfeiçoa quando nasce o ponto de encontro do vínculo de aceitação e as partes trocam de posição detentora dos bens permutados.

Este ponto de encontro, uma tangente entre duas esferas de interesses que se ativam em busca da satisfação, marca o delinear original do fato do mercado. Não se trata de um fenômeno, é um fato conducente às miríades de soluções satisfativas que a mente humana cria, e as faz, necessidades.

³ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 335

Em Huberman,⁴ encontramos que “nos primórdios da sociedade feudal a vida econômica decorria sem muita utilização de capital. Era uma economia de consumo, em que cada aldeia feudal era praticamente auto-suficiente” o que nos levou a afirmar alhures que este desígnio permitia aos povos valerem-se de uma economia de escambo, quando pudesse haver excedentes; caso contrário nem mesmo trocas haveria, pois a produção destinava-se exclusivamente ao consumo dos feudos.⁵

Como elegemos, como momento histórico de partida deste estudo, a Idade Média, mais precisamente o século XII, já contamos nesta época com uma geração espontânea de crescimento neste propiciar de encontros, por meio de uma ordem econômica organizada para enfrentar a relação de troca, ou mesmo, e mais preponderantemente, a venda e compra, nascida com a genial descoberta do bem intermediário de troca, a moeda.

Para Dobb,⁶ “na medida em que o crescimento do mercado exerceu uma influência desintegrada, sobre a estrutura do feudalismo, a narrativa dessa influência pode ser em grande parte identificada ao surgimento das cidades, como órgãos corporativos”.

Estava posto na ordem econômica da época o fato do mercado, faltava-lhe modelar sua organização para que ele pudesse permitir a realização de negócios jurídicos nascidos do escambo e subseqüentemente apoiados na compra e venda e seus derivados. Era essencialmente uma oportunidade de proceder com habitualidade à satisfação de alterações patrimoniais em torno das pessoas.

Havia, pois os elementos subjetivos do ato jurídico para serem atraídos reciprocamente por aquela *vis* de que falamos, e assim possibilitar a circulação das riquezas. Com a moeda a potencializar os desejos especulativos, estava lançada a base do capitalismo monetário.

A necessidade de se verem organizados os mercados é que levou os franceses a proporcionar encontros habituais na região da produção de vinhos, conhecidos como *champagne* pelo seu modo de produção. As feiras de *champagne* deram início a uma mercancia organizada, a qual foi adquirindo costumeiramente regras de comportamento pragmático, que se transformaram em normas jurídicas, que, por sua vez, tiveram suas fontes nos usos e costumes da modelagem das feiras e do comportamento dos mercadores, que as trabalhavam em caráter profissional, exercendo-as como o dever de aproximar-se do consumidor.

Se nos ubicamos diante do fato do mercado, cabe-nos procurar, como ensina Miguel Reale, o valor e a norma que o colocam na tri-dimensionalidade do Direito.⁷ “Por

⁴ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. São Paulo: Zahar, 1982. p. 26.

⁵ SALLES, Marcos Paulo de Almeida Salles. *Contrato futuro*. São Paulo: Cultura, 2000. p. 21.

⁶ DOBB, Maurice. *A evolução do Capitalismo*. São Paulo: Zahar, 1977. p. 94.

⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 45. A p. 44, o Prof. Reale: “Pode-se dizer que a compreensão tridimensional da realidade jurídica, como discriminação de pontos de

fonte do direito deve entender-se o direito mesmo em transição, entre dois estados ou situações” (grifo no original).

Neste aspecto nos encontramos diante do fato do mercado que adquire seu valor jurídico no momento em que há que se estabelecer uma organização para o seu funcionamento e é a busca a essa ordem que faz inserir o costume como norma, isto é o costume como fonte do direito normativo do comportamento dos mercadores no desempenho de sua profissão, perante a infinidade dos desejos, frente às limitações da matéria prima, advindo da natureza ou de sua transformação.

Ai estão o fato do mercado, o valor social que ele representa e a norma que o regula sob a ordem consuetudinária, integrando-se na tridimensionalidade do Direito.

No âmbito do trabalho do saudoso Professor Reale, os “modelos do Direito”, encontra-se o sentido prospectivo que dá “à antiga teoria das fontes do Direito”⁸. Trata-se, no caso do Direito Comercial, de uma interpretação informalista de referidas fontes, uma vez que, nesse caso, a base é consuetudinária, movida pela necessidade e pela conveniência dos mercadores em ubicar-se na melhor postura preservativa dos valores profissionais em que a mercancia implica. Isto é, dá-se ao resultado do trabalho do comerciante um tratamento final de ordem pública que é o alcance do seu esforço em atingir, da melhor forma possível, as necessidades da população demandante. Sejam produtos, sejam serviços, o profissional pratica uma atividade econômica organizada, cujos resultados dependem de normas nascidas da viabilidade dos operadores, mais do que da vontade do legislador. É a *lex mercatoria*.

Fábio Comparato, prefaciando a obra de Irineu Strenger⁹ salienta que “o processo de ressurgimento da *lex mercatoria* internacional no curso do século XX, representa, em suma, a reafirmação do grande principio democrático de que todo direito emana do povo e não do poder”. Isto é, especialmente no Direito Comercial se observa que o elemento subjetivo que coloca os comerciantes no enalço de sua atividade profissional, não se traduz por normas predispostas, mas se conforma, se consolida, por meio de normas advindas da necessidade e da conveniência de ambos, ofertantes e demandantes, portanto seu caráter de atividade, diversamente dos atos escolhidos eventualmente no âmbito da vida civil.

Esta dicotomia entre ato e atividade como elemento diferenciador dos atos da vida civil do cidadão e a atividade exercida pelo profissional da mercancia não elide a responsabilidade das partes contratantes, na pratica dos mais variados negócios jurídicos,

vista ou de perspectivas, foi um fenômeno universal correspondendo a uma exigência de superamento de duas atitudes contrapostas, a do apego positivo aos fatos empíricos e a de pura subordinação a valores ideais, de origem lógica ou ética”

⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 81

⁹ STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996. p. 12.

a ponto de alterar-lhes a natureza do vínculo e as conseqüências das obrigações que deles decorrem. Em conseqüência, a lei civil, ordenada para nortear a vida privada de cada um, em vários livros específicos, não se sentiu invadida por um Livro II – “Do Direito de Empresa” a regular especificamente negócios jurídicos que viessem a resultar da *atividade negocial*. (título originalmente dado pelo saudoso Sylvio Marcondes, ao Livro II do projeto do Código Civil de 2002).

O caráter internacional (entre nações distintas) da *Lex Mercatoria* por si só já demonstra a sua convivência com outras normas de origem estatal de cada uma das nações que impõem determinado tipo de comportamento para a complementação da execução do contrato do comércio internacional.

O tráfico pactua-se por normas próprias, mas há de se submeter aos ditames territoriais das soberanias, sem que isto lhes tire o caráter de Direito Comercial, ou Direito do Comércio Internacional.

Exemplo contundente vamos a encontrar em Marcelo Huck,¹⁰ quando, comentando os efeitos de uma sentença arbitral proferida fora dos limites da soberania onde deve ser judicialmente executada, que de nada valeria não houvera sido exarada “segundo os ditames da *lex mercatoria*, se não encontrar respaldo no Poder Judiciário onde eventualmente buscar reconhecimento” “De nenhuma utilidade será a sentença – mesmo prolatada segundo os preceitos de uma *lex mercatoria* - se sua execução for negada no exterior, onde sua eficácia seria necessária, se nesse Estado estrangeiro entender o Poder Judiciário, faltar-lhe fundamento em algum direito nacional”

É esta amplitude, costumeira e “globalizada” que outorga ao Direito Comercial uma autonomia de pleito normativo, que se convencionou chamar de autonomia de Direito Comercial, seguida ou não de um Direito Processual próprio, ou mesmo se valendo do Direito Processual Civil, em que o hermeneuta saberá buscar as diferenças entre o ato e a atividade, para mais bem colocar a leitura atenta, do fato que tem às mãos.

A autonomia assim vista é necessária, não apenas conveniente, pois sem ela estes vetustos “atos de comércio”, não haveriam chegado à “atividade”, própria do Direito de Empresa, sem que se lhes atribuisse uma espécie própria dentro do Direito Privado, fonte primária de exercício do fundamento constitucional e pétreo, da livre iniciativa.

4. Direito de empresa

Não é nossa intenção ampliar a erudição neste texto, com o direito comparado, contudo há uma comparação que mister se faz lembrar, que é o Direito italiano resultante do seu código civil de 1942, vez ter sido ele o eixo inspirador do nosso Código

¹⁰ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatori*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 101.

Civil de 2002, principalmente na formação do Direito de Empresa, pois é na origem dos institutos que compõem os princípios fundamentais desse texto peninsular, que vamos encontrar as origens para os textos brasileiros.

Segundo Rachel Sztajn:¹¹

Atividades econômicas podem ser exercidas individual e artesanalmente ou em regime organizado sob a forma de empresa. No primeiro caso, a existência de mercados livres serve ao propósito duplo de abastecimento e oferta de bens. Na segunda forma, a empresa aparece para diminuir falhas de mercado, reduzir custos, aperfeiçoar a produção. Portanto, ambos, mercado e empresas, interessam ao desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares e interessam à comunidade por serem fontes de criação e circulação de riquezas.

Reale¹² relembra a obra de Barna Horvath, “para quem o Direito Positivo não é toda natureza, nem toda idéia, mas a **sinopse** metódica da realidade e da idealidade, razão pela qual **fonte do direito** deve entender-se o direito mesmo em transição, entre dois estados ou situações, ou consoante suas próprias [de Barna] palavras, na passagem de um estado de fluidez e de indivisibilidade subterrânea para o estado de certeza evidente”

Esta metáfora de Barna condiz bem com a indivisibilidade subterrânea das normas atinentes ao direito das obrigações (que ensejaram o Livro I da parte especial do Código Civil de 2002), para o “estado de certeza evidente”, das normas que, por meio de leis especiais, ou mesmo normas costumeiras, apropriadas pelos comerciantes, venham a fazer entender da autonomia e sua implicação na novel, porém reconhecida, figura da empresa.

A teoria da empresa se coaduna perfeitamente com a visão tridimensional do Direito, pela equivalente importância que oferecem o fato econômico que a originou, o valor social que apresenta e a norma ou o conjunto de normas que a vieram regulando através dos tempos, até 1942 quando aparecem organicamente tratadas no Códice Civile Italiano como fato dignificante do trabalho humano. Por isto, ubicada no livro “Del Lavoro” daquele diploma legislativo.

Sob a imagem poliédrica posta por Asquini, no resumo de seus quatro perfis, vê-se claramente que em qualquer dessas posições, a empresa é um fenômeno somente concebível dentro de uma dimensão autônoma, que acabou por se tornar o fato axiológico do Direito Comercial contemporâneo.

¹¹ SZTAJN, Rachel. *Ensaio sobre a natureza da Empresa*. Ed. Original FD/USP, 2001. p. 9.

¹² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 45 (grifos no original)

Nesta altura valho-me do episódio histórico da “Retratção de Vivante” pois, sem sua menção, este momento estaria falto de uma importante meditação do ilustre comercialista italiano, segundo Rubens Requião:¹³

Cesare Vivante, antigo professor da Universidade de Roma, foi sem dúvida o maior comercialista dos tempos modernos sendo considerado o renovador do direito comercial italiano antes da reforma legislativa de 1942. No fim do século XIX, ao proferir a conferência inaugural dos cursos da Universidade de Bolonha, escandalizou os meios jurídicos da Europa com um frontal ataque à divisão do direito privado, condenando a autonomia do direito comercial. [...] Algum tempo mais tarde Vivante aceitou a incumbência de elaborar o anteprojeto de reforma do Código Comercial italiano de que resultou o famoso Progetto Preliminare. Em contato profundo com a elaboração positiva do direito comercial, Vivante teve o altaneiro espírito de se retratar confessando o erro doutrinário que cometera na aula de Bolonha.

No Brasil, surge no Código Civil de 2002, um título especialmente dedicado à opção oferecida ao cidadão comum de estudar organizar-se como empresário, isto é o praticante, de modo profissional, da “atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (a empresa).¹⁴ Falta, na minha leitura, desde logo, a produção de lucro, como elemento funcional desta atividade, pois o Código, do resultado se lembrou, somente quando proporcionado em sociedade empresária (art. 981), olvidando o empresário individual da função social que este resultado representa tanto como remuneração ao profissional, quanto como fato gerador de tributos, que, por sua vez levam a proporcionar atividades colaterais e empregos às comunidades onde atua. (Lei 6.404/76 – art. 116 e 117).

5. A Massificação e a Autonomia

A autonomia, que vejo não aparece, como o quis Vivante, no método, se indutivo ou dedutivo de cada um dos ramos privados, mas na regulação dos atos isolados, à frente da regulação dos atos massificados.

¹³ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 18.

N. A. Alberto Asquini, jurista italiano da primeira metade do século XX, um dos componentes da comissão elaboradora do Codice Civile Italiano de 1942, em 1943 escreveu sua explicação sobre o fenômeno da *empresa* selecionando pedagogicamente seus quatro perfis de maior importância. Estes perfis são repetidos por todos nós quando nos iniciamos na teoria da empresa. Uma excelente tradução se encontra na RDM n.º 104/109, passada pelas mãos do Prof. Fabio Konder Comparato.

¹⁴ Código Civil/ 2002 – Art. 966.

Importante capítulo dos negócios jurídicos massificados sempre será aquele que trata da adesão, como modo de manifestação do consentimento de uma das partes às condições predispostas pela outra, em função da corporatividade que surge na produção e circulação de produtos e serviços; o fenômeno de massa vige há cerca de 100 anos e tem sido o responsável por atos isolados da vida civil, ou por atividade satisfativa de interesses individuais homogêneos?

A resposta a esta questão trata, desde logo de ubicar a relação de consumo no âmbito dos negócios jurídicos amparados por legislação específica de Direito Comercial, sem prejuízo das normas que passaram a pertencer ao novo Código Civil, como, por exemplo os títulos de crédito. A figura específica do Direito brasileiro, da *duplicata*, não tem serventia no campo civil, vivendo dos usos comerciais, que levaram à lei especial; a nota promissória, no entanto se pode prestar a um mútuo civil entre particulares.

Por fim, queda difícil não se conceber a dicotomia funcional do direito privado, atribuindo autonomia ao Direito Comercial, quanto se vê haver sociedades de fins econômicos que recebem o amparo registrário dos Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas, enquanto outras há que o recebem do Registro Público das Empresas Mercantis (este praticado pelas Juntas Comerciais). Dentre estas há uma delas que somente se presta, *ex lege* à atividade mercantil qualquer seja seu objeto, é a monumental criação do Direito Comercial, a sociedade anônima ou sociedade por ações, dentre estas também a sociedade em comandita por ações.

Em síntese, as leis gerais sempre haverão de nortear princípios que podem vir a ser deslocados para leis especiais, porém mesmo que oferecendo autonomia a especificidades da natureza do estudo que se prende necessariamente às suas origens, isto é axiologicamente poderemos ter que promover o reconhecimento de campos autônomos que se vão distanciando das leis gerais, por força dos dotes especiais que apresentam, porém não haverão de romper com os fundamentos dos princípios gerais do Direito, especialmente no âmbito privado das obrigações assumidas por particulares, por si ou aglutinadamente, de natureza essencialmente patrimonial e que acabem por corporizar-se, de modo autônomo, nas varias fontes de direito em que se vierem a abeberar inicialmente.

É uma autonomia infragenética que, no entanto, não se pode afastar do DNA do sistema jurídico vigente. Como diz René David:¹⁵ “partindo dos costumes de tribos primitivas, chamadas a testemunhar as origens do direito, o jurista fica maravilhado a contemplar o direito dos povos mais avançados na civilização moderna”, ao que lembramos que as mais recentes leis atinentes ao comércio e aos mercados têm origem nos direitos americano e inglês, vindo a influenciar mais a atividade empresa.

¹⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Lisboa: Meridiano, 1972. p. 12.

Caberia finalmente argumentar se aos fatos decorrentes da atividade exercida pelos empresários só se atribuem os caracteres de negócios jurídicos, inexistindo no mundo mercantil o **ato jurídico**. A eles se aplica, desde logo, o art. 113 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração”, conjugado com seus art. 185 e 422.

A teoria de negócio jurídico, de origem alemã, mas entre nós sempre bem defendida pelo saudoso professor Antônio Junqueira de Azevedo, diz de relações jurídicas que nascem de uma declaração de vontade, diferentemente do ato jurídico, que advém de uma simples manifestação de vontade. Creio que na declaração de vontade é que se supera a necessidade da existência da causa do negócio jurídico, mais do que a causa da obrigação resultante do ato jurídico. Por isso o negócio jurídico se coordena melhor com o mundo da atividade econômica do que o ato meramente manifestador da vontade, sem o ímpeto da declaração.

Assim é que se consagra o Direito de Empresa, naquele dos negócios jurídicos que tenham subjetivamente a presença do empresário (ou sociedade empresária) e objetivamente a prática da atividade economicamente organizada.

Sem desconsiderar aqueles que entendem que o negócio jurídico equivale aos contratos bilaterais, *data venia*, há para nós o importante negócio jurídico da sociedade, fulcrado no contrato plurilateral de organização, proposto por Ascarelli, que nos conduz à pessoa jurídica do empresário, como sociedade empresária, cuja personificação a transforma em sujeito dos direitos e deveres inerentes à figura do empresário. Assume cada um dos sócios este novo *status* pela declaração de vontade manifestada por adesão irrestrita às condições organizativas dadas pelo estatuto social.

Assim, mais do que um feixe de contratos, como o querem doutrinadores americanos, a empresa é uma atividade exercida pelo empresário, por meio dos mais variados negócios jurídicos, onde a declaração de vontade é a causa das obrigações que decorrem do desejo da prática da empresa, que, por sua vez, decorre da livre iniciativa.

Vale dizer, a extraterritorialidade do Direito Comercial decorrente do fato do tráfico sem fronteiras, interna-se criando relações jurídicas específicas de uma atividade globalizada, embora destinada à prática concomitante de atos jurídicos entre comerciantes e não comerciantes, empresários e não empresários, porém dando a estes um tratamento diferenciado pelas leis especiais, sem prejuízo dos princípios sustentados pela lei geral.¹⁶

Isto posto, a autonomia não é um dogma para o Direito Comercial, nem mesmo uma imprópria dicotomia necessária ao Direito Civil, como Direito Privado,

¹⁶ “Les positions plus realistes auxquelles on est revenu ont ouvert la voie à la reconnaissance du fait que les relations internationales, même intéressant le simple droit privé, pouvaient être soumises à un droit autonome par rapport aux droits nationaux” DAVID, René. *Le droit du commerce international*. Paris: Econômica, 1987. p. 2.

mas uma conveniência pelas normas autorizadoras do Direito Objetivo em face do sua aplicação subjetiva.

6. Conclusão:

Relembrando uma vez mais o saudoso Professor Junqueira¹⁷ “o reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos é que fundamentalmente importa para a caracterização do negócio jurídico”, que agregado aos seus elementos, permite fazer entender a noção de negócio jurídico e assim a intenção do projetista Sylvio Marcondes em denominar o título II do Código Civil de 2002 de “Da Atividade Negocial”

Da exposição de motivos deste ilustre e saudoso Professor das Arcadas, iniciada¹⁸ pela lembrança dos fatos determinantes das duas grandes guerras (1914/18) (1939/45) que estariam a proporcionar uma revisão dos quadros jurídicos elaborados no século XIX, inclusive no campo do direito privado. “Negócios jurídicos quase privativos de uma classe, como a dos comerciantes, passam a constituir rotina cotidiana de todos”

Ainda da exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil de 2002¹⁹ tem-se que “a discutida dicotomia daquele [o comercial] ramo do direito não constitui embaraço a fórmulas de unificação. As razões da famosa retratação de Vivante continuam válidas, como substrato metodológico e econômico da especialização técnica e científica do direito comercial, mas nem por isso excluem a coordenação unitária de atos jurídicos concernentes ao fenômeno econômico” [...] “Realmente há mais de um século [152 anos], o Código Comercial de 1850 já preceitua [va] no seu artigo 121, que, salvo as restrições estabelecidas, ‘as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais’”, valendo assim dizer que o tratamento ora dado pelo Código Civil de 2002 ao unificar o direito das obrigações e, em especial a abordagem sobre a figura do empresário e da empresa, assim como do estabelecimento, nada mais fez do que ampliar em um só Código figuras que seriam, até então, pertencentes a dois instrumentos reguladores, mas em que um deles reconhecia a existência do outro, aplicável supletivamente.

Isto não é o suficiente para dizerem-se unidos os dois ramos do direito privado, apenas há que indicar os tratamentos dados aos atos ou negócios jurídicos, em conjunto com o exercício profissional de uma atividade, como fulcro de uma pedagógica autonomia que por sua vez decorre da profissionalização dos empresários (individuais ou sociedades empresárias).

¹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Tese de Concurso à titularidade em Direito Civil* – F/USP 1986 p. 6.

¹⁸ “Anteprojeto de Código Civil” – M. Justiça – 1973 – p. 195.

¹⁹ Op. cit p. 195

Para tanto iniciamos a volver, já há algum tempo, os nossos olhos²⁰ para as conseqüências do tratamento jurídico que vem sendo dado à proteção ao consumidor, desde a Constituição de 1988.

A satisfação das necessidades humanas, que já preocupava os norte-americanos desde *o new deal* após a crise de 1929, época em que várias foram as leis que passaram a delinear um sistema de mercados organizados, dentre elas nasceu o tratamento específico de uma das margens desses mercados, em especial aquela da posição demandante – o consumidor, em defesa da qual à época surgiu o conhecido advogado americano Ralph Nader (cognominado: “amigo publico n. 1”).

De seu trabalho veio a resultar a onda de preocupação dos legisladores como esses direitos difusos, coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, que caracterizam as diversas massas de compradores em potencial, *demanda* à qual se dirige a oferta – outra margem da figura do mercado organizado, uma vez que a ela afluem os concentrados *fornecedores* de alternativas satisfativas, a estimular o consumo.

Neste instante, aquele então “ato de comércio” proposto pelo varejista à sua freguesia, atuando aquele como vendedor e esta como compradora, deixasse de ser um ato regido pelo típico contrato de venda e compra e passasse a ser o massificado ato de adesão a uma oferta, que parte do fornecedor, que por sua vez e de modo semiótico, a dirige àqueles.

Assim organizado o mercado, percebemos que o acesso à outra margem se dá por meio das regras concorrenciais, no Brasil tratadas desde 1962 e atualmente pela lei 8.884/94, enquanto a margem do é consumidor regulada, constitucionalmente perante a livre iniciativa dos fornecedores, e amparada pelo artigo 170 – fundamentos e princípios da ordem econômica, pela lei *anti-trust* (Lei 8.884/94), acompanhada pelas regras de proteção aos sinais distintivos e patentes, juntamente com o tratamento dado ao ilícito da concorrência desleal, (lei 9.279/96 e similares).

Por esta metáfora exemplificadora, das margens do córrego, é fácil perceber que a autonomia do direito comercial não se encontra no âmbito normativo legal, mas no atendimento aos vários lances de mercados organizados por onde se transformam as matérias primas em produtos acabados ou insumos intercorrentes, para, ao final desembocar na oferta massificada de bens ou serviços onde a declaração de vontade aquisitiva se dá por adesão do consumidor à oferta dos fornecedores, no exercício de sua prática profissional e sem afetação da tipificação dos atos da vida privada dada pelo Código Civil e sem prejuízo do direito das obrigações ali inserto.

As leis especiais que regulam a concorrência e a defesa do consumidor levantam a necessidade de se verem aplicadas na regulação da atividade empresa e

²⁰ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. O consumidor e o sistema financeiro. São Paulo: Acadêmica, 1991.

conseqüentemente determinam o comportamento dos praticantes do Direito Comercial, dentro do Direito privado de modo autônomo.

Somente estão sujeitos aos ditames do Código de Defesa do Consumidor aqueles que se manter permanentemente em oferta; isto é os empresários na atividade de fornecedores participantes da cadeia produtiva de bens ou serviços voltados para o consumo. Logo a estes se dá tratamento obrigacional específico para a prática dos negócios jurídicos mercantis, ou empresariais que tem seu nascimento na atividade negocial da empresa e, o seu escopo, na relação de consumo e suas conseqüências.

A economia de mercado sobre a qual pesam os ditames do art. 170 e seguintes da Constituição de 1988, constitui-se no *habitat* do empresário, para quem estão voltados os olhos do direito comercial que por sua vez deve se valer dos negócios jurídicos e das obrigações postas pelo Código Civil de 2002, levando a que os primeiros sejam concebidos de modo próprio nos limites postos por estas legislações especiais voltadas para a ordem pública, que norteiam a concorrência e a defesa do consumidor.

Assim sendo, essa legislação específica somente se aplica às atividades econômicas organizadas praticadas pelo empresário, conjugando a autonomia praticada por esta vertente do Direito privado exclusiva do vetusto Direito Comercial, reconhecido pela norma privatista com o Direito de Empresa; objeto do Livro II do Código Civil de 2002.

Isto é, a unificação das obrigações, procedida pela absorção do Direito Comercial Terrestre pelo Código Civil, não acarreta a quebra da autonomia da prática dos negócios jurídicos originados da *lex mercatoria*, uma vez que permanece autônomo o sujeito que as assume na busca profissional do atendimento às necessidades do consumidor, nos limites da proteção constitucional que o fato propicia, uma vez que os comerciantes se mantêm em permanente oferta, necessariamente praticadas em respeito à boa fé objetiva.

Surgem assim, em minha visão contemporânea outros motivos que levam à autonomia do direito comercial, talvez não mais aquela vivida por Vivante, Ascarelli ou Philomeno Costa, mas esta vivida por nós a partir da conjugação dos esforços em respeito à dignidade do consumidor como cidadão no exercício do direito à satisfação de suas necessidades, como nos lembra Oscar Barreto em “A dignidade do Direito Comercial”²¹. É a *lex mercatoria* que transcende aos atos decorrentes da atividade dos comerciantes (ou empresários) para focar sua busca no mercado de satisfações dos desejos humanos, que se superpõe a todos os demais que o antecedem na cadeia de fornecimento para o consumo, como mercado fim de outros variados mercados que lhe são meio.

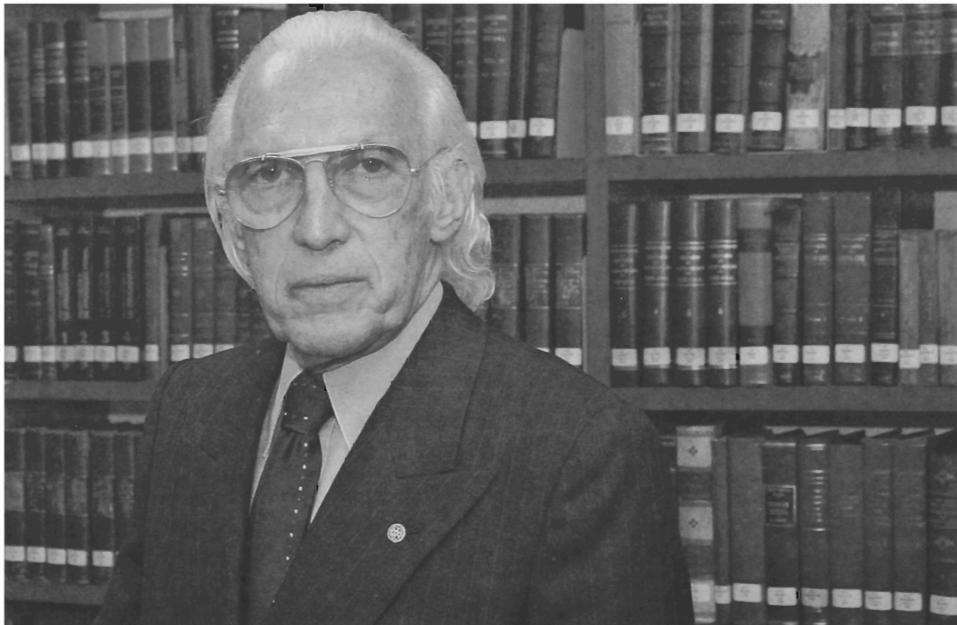
²¹ BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito comercial. Revista de Direito Mercantil

Todos esses mercados se organizam dentro dos ditames das normas e costumes comerciais que se não aplicam aos atos entre cidadãos que seguem pessoalmente a conduta do fato.

Ainda que negócios jurídicos, que impliquem em contratos ou outros tipos de obrigações a serem assumidas pelas partes, nenhuma delas se equipara à necessidade do efeito em cadeia que se desenvolve entre todos aqueles que iniciam e terminam um ciclo, com vistas à oferta, na busca do demandante final.

Referências

- ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1969.
- ASQUINI, Alberto. Gli profile del'impresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 104, 104/109.
- BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito comercial. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo
- COSTA, Philomeno J. da. *Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Lisboa: Meridiano, 1972.
- _____. *Le droit du commerce internationa*. Paris: Econômica, 1987.
- DOBB, Maurice. *A evolução do Capitalismo*. São Paulo: Zahar, 1977.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. São Paulo: Zahar, 1982.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional de direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- REQUIÃO Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. O consumidor e o sistema financeiro. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- _____. O contrato futuro. São Paulo: Cultura, 2000.
- STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatória*. São Paulo: Ltr, 1996.
- SZTAJN, Rachel. *Ensaio sobre a natureza da Empresa* – Ed. Original FD/USP – 2001
- VALVERDE, Trajando Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948.



Professor Marcos Paulo de Almeida Salles