

# Direito das Empresas

## Nova posição do Direito Comercial

DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE

1. Propondo-se a elaborar técnicas jurídicas reclamadas pela *economia*, sempre e inevitavelmente cambiante, o Direito Comercial é naturalmente plástico e dútil. A instabilidade é, nêle, irreduzível consequência das pressões econômicas. Històricamente, a sua evolução marca-se pela solitudine com que se dispõe, em cada momento, a satisfazer as últimas exigências do mundo dos negócios.

Uma nova ordem econômica, tão complexa como a gerada pelo advento do industrialismo, logo exigiria a ampliação da área do Direito Comercial, para abranger não apenas fenômenos próprios da *circulação* das riquezas, específicos da *função intermediária*, mas, ainda fenômenos da *produção*, necessitados de soluções jurídicas semelhantes às que se formularam para os problemas suscitados pela *interposição* nas trocas.

Os velhos quadros, fixados principalmente a partir das codificações do século anterior, tornam-se imprecisos, porque se esmaecem as suas próprias linhas configurativas. As fôrças da inércia, nesta delicada hora de transição, puxam em sentido oposto às do progresso científico. Procura-se um ponto de equilíbrio, em que se componham. As pessoas, a êsse respeito, vêm, pelo menos, do comêço do século. Em 1914, *Pisko*, na Áustria, supunha encontrar na *empresa* um dado novo, capaz de sugerir soluções inéditas. Adotou-o *Mossa* em 1926. Logo no ano seguinte, em 1927, a União dos Professôres de Direito Comercial, no convênio de Berlim, considerava, com base no chamado *método de economia*, que a sua disciplina se convertera no *direito das empresas*. Coube à Itália, no Codice Civile de 1942, efetivar, no plano do direito positivo, essa aspiração dos comercialistas germânicos, antes prestigiada pelo projeto nacional-socialista de Código Comercial. A França, ainda sob o centenário *Code de Commerce*, dispensa cuidadosa atenção ao problema, que, em última análise, apenas re-

flete a tendência no sentido de uma aproximação mais íntima entre a Economia e o Direito Comercial. Todo o mundo examina o novo dado, na esperança de que dêe se origem soluções mais precisas.

O próprio ecletismo em que sempre acabaram os sistemas *subjetivista*, que vê no comerciante o centro da disciplina, e o *objetivista*, que aponta o *ato de comércio* como sua substância específica, revela a insuficiência de qualquer dos dois para demarcar o domínio do Direito Mercantil. Um outro critério se reclama.

Já se afirma que o problema da unificação do *direito privado* deve ser substituído pelo da publicação do Direito Comercial, dadas as suas interligações com a *economia dirigida*.

As reformas não se fazem sem o sacrifício de estimáveis valores. Os padrões clássicos se desprestigiam, paralelamente com a decadência do liberalismo econômico. Estamos agora a demolir. Sempre será bom imaginar que dos escombros já começa a emergir a construção esperada. Convém, todavia, considerar que, em hora econômica e social tão conturbada, não é lícito contar com instrumentos estáveis.

Tudo é, não obstante, fruto da evolução. Urge, pois, ver como ela se processou, historicamente.

2. Prescinde-se, em geral, da contribuição anterior ao medievalismo<sup>1</sup>, ao considerar-se a estruturação do Direito Comercial como ramo autônomo.

---

(1) Antes, certas normas ou institutos de Direito Mercantil existiram. Tais precedentes levam alguns comercialistas a recuar a pesquisa até a *alta antiguidade*, a procura de certas *características* uniformes de relações comerciais ocorridas na Babilônia, Egito, Creta, Síria e Palestina. JEAN ESCARRA (*Cours de Droit Commercial*, ns. 3 a 7) assinala que o comércio, sucedendo às guerras e realizando-se entre homens de raças diferentes, entre inimigos, não podia servir-se dos estatutos jurídicos civis respectivos, dados as diferenças existentes entre eles. Surgia, assim, a necessidade de um direito comum e neutro, a cujas disposições os dois contratantes pudessem acomodar-se. Criou-se, pois, pelos *usos*, praticados sobretudo pelos fenícios, um corpo de normas sem caráter local e válidas no âmbito internacional. Como *características*, registra que o direito resultante dessa prática foi *costumeiro* e *internacional*. Foi também *profissional*, porque os usos se formavam entre mercadores. A contribuição da Grécia mais expressiva, no tocante ao Direito Comercial, foi o *nauticum foenus*, que, sob a denominação de *câmbio marítimo* e já em desuso, ainda ocupa espaço no Código Comercial (arts. 633 a 665). Em Roma, menoscabava-se, no plano interno, a atividade mercantil, exercida por intermédio de escravos. No plano externo, recorria-se ao *ius gentium*, que, por ser mais útil do que o *ius civile*, era observado até mesmo pelo cidadão romano,

Foi na Idade Média que as riquezas mobiliárias passaram a pesar na dinâmica da economia, antes de base predominantemente agrária. O comércio se tornou florescente no Mediterrâneo, sobretudo em certas cidades italianas, como Pisa, Amalfi, Veneza, Gênova (praças marítimas), Siena, Lucca, Milão, Bolonha (centros comerciais e industriais), Florença (praça bancária) e também nas famosas feiras francesas (Champagne, Lyon), onde se reuniam comerciantes oriundos dos pontos mais diversos.

A queda do Império Romano provocou a desagregação do poder político do Estado.

Essa circunstância sócio-política, aliando-se à importância conquistada pelas riquezas mobiliárias, contribuiu decisivamente para o surgimento de uma nova ordem: a *corporativa*.

O Estado se tornou incapaz de proporcionar às atividades privadas as seguranças que reclamavam. A união, com base na *profissão*, criou entes novos — as corporações — destinados a defender e assistir os membros do grupo e providos de *estatutos*, que lhe regulavam a estrutura e o funcionamento. Tinham elas magistrados próprios, os cônsules, que dirimiam, com rapidez e singeleza, as questões surgidas entre os associados. Aplicavam-se, assim, normas particulares, à margem do direito estatal, já insuficiente e desprestigiado.

Ao lado das corporações de *produção*, havia as dos *mercadores*, participantes do circuito da *circulação*. Aos seus membros inscritos e sujeitos à jurisdição consular aplicavam-se as normas extraídas dos *usos mercantis* pelos magis-

ao contratar com um peregrino. Internacional na origem, o *ius gentium* acabou se fundindo com o *ius civile*. Não houve, assim, em Roma um Direito Comercial autônomo, ainda que certos institutos deste fôsem conhecidos dos romanos (*nauticum foenus, lex Rhodia de jactu, actio exercitoria*). A *economia* romana foi de base agrária. As riquezas mobiliárias não alcançaram nela maior expressão, o que não exclui, é claro, a prática do comércio na vida romana. Este não atingiu, todavia, uma intensidade tal que provocasse a formulação de um corpo especial de normas. ALFREDO ROCCO (*Princípios de Direito Comercial*, tradução de MONCADA, n. 2), prefere outra explicação para a omissão: o comércio, exercido por escravos, criava entre estes e os respectivos senhores relações apenas de fato; as normas sobre o tráfico mercantil, integrando o *ius gentium*, tinham caráter internacional ou a-nacional; o *ius civile* era suficientemente flexível para fornecer os princípios básicos de que necessitava o comércio; além disso, a obra pretoriana realizava, com êxito, as convenientes adaptações. Tôdas essas razões derivam, julgamos, da ausência das pressões econômicas no sentido de formular-se um novo sistema de normas, especial para o comércio.

trados. Formou-se, assim o Direito Comercial, com caráter nitidamente *profissional*<sup>2</sup> e de origem *costumeira*.

Foi êle, pois, produto da economia corporativa, surgida em momento em que os bens móveis se converteram em valores apreciáveis.

No Renascimento, deslocou-se a hegemonia do Mediterrâneo para o Atlântico. Realçou-se o comércio marítimo, praticado principalmente por Portugal, Espanha, Holanda, França e Inglaterra. O descobrimento da América, a expansão colonial, o caminho direto para as Índias Orientais contribuíram para a criação de novas condições econômicas, originadas, inclusive, do afluxo de metais preciosos. Desenvolveram-se as operações bancárias. Surgiram valores mobiliários antes desconhecidos. Organizaram-se companhias. Tornaram-se usuais os empréstimos públicos. Novos problemas passaram a desafiar a intervenção de um poder político forte e estranho aos interesses particularistas das corporações, cuja supressão TURGOT tentou e, mais tarde, a lei Chapellier (junho de 1791), após a instituição da liberdade do comércio (março de 1791), realizou em França.

Esse poder político, já o detinham as Monarquias absolutistas dos séculos XVII e XVIII. A jurisdição consular cedeu lugar à jurisdição estatal.

O *mercantilismo econômico* sistematizou, nas Ordenanças do Comércio, de 1673<sup>3</sup>, e da Marinha, de 1681<sup>4</sup>, transformando-as em disposições do Estado, normas *costumeiras*, inclusive as constantes dos Estatutos das Corporações.

A revolução francesa viu no direito *profissional* dos comerciantes certa manifestação das castas, que o princípio da *igualdade* proscrevera. A legislação deveria ser uniforme. O *liberalismo econômico* havia destruído, já, a obra colbertiana do século anterior. Então, ao elaborar-se o *Code de Commerce*, cuidou-se de objetivar o Direito Comercial no *ato de comércio*, encerrando-se o ciclo do direito *profissional*, cria-

---

(2) A inscrição não submetia todos os atos do inscrito à jurisdição consular, senão apenas aqueles praticados *no exercício da profissão*. A aplicação das normas especiais se condicionava, assim, ao concurso da inscrição e da *causa mercantilis*. Mais tarde, admitiu-se que o exercício do comércio, mesmo sem a inscrição, bastava para conferir, a quem o praticava, a condição de comerciante.

(3) Deve-se, principalmente, a JACQUES SAVARY a formulação da Ordenança do Comércio, que se tornou conhecida como *Code Savary*.

(4) A Ordenança da Marinha é considerada de maior merecimento do que a do Comércio. Comentaram-na VALIN, EMÉRIGON, POTHIER.

do pela ultrapassada economia corporativa e mantido pelo mercantilismo de COLBERT. Os arts. 631, 632 e 633, do diploma de 1807, que regulam a competência dos tribunais de comércio e arrolam os *atos de comércio*, constituem as molas mestras do sistema *real* ou *objetivo* francês, embora o art. 1º, refletindo o *subjetivismo* condenado<sup>5</sup>, lhe quebre a pureza.<sup>6</sup>

Os séculos XVI, XVII e XVIII foram de transição no tocante ao regime da *produção*. O artesanato medieval viu aparecer, a seu lado, a indústria assalariada, em domicílio. Logo a seguir, surgiram as manufaturas, estranhas às corporações e caracterizadas pela reunião dos trabalhadores em um só local. Só a Revolução Industrial, do século XIX, viria, entretanto, suscitar inusitado incremento da produção, provocado pelos novos inventos e pelas máquinas.

O *Code de Commerce*, anterior à imprevisível transformação, não estava preparado para disciplinar as novas relações. Fenômenos inéditos de *produção*, com reflexos imediatos no mercado consumidor e, portanto, na *circulação* dos bens produzidos, exerceram continuadas pressões sobre os meios jurídicos, deles reclamando técnicas adequadas à produção *empresária* e *massiva*.

Certos problemas da produção industrial, especialmente os relativos ao *crédito*, eram idênticos aos do *comércio*. O vocábulo se tornou, no plano jurídico, mais compreensivo, passando a abranger, além da *indústria comercial*, restrita à *circulação* dos bens, as atividades *produtivas* em geral, excetuada apenas a *agrária*. Não coincidem, pois, os conceitos *econômico* e *jurídico* do comércio. A distensão constitui hábil maneira de atrair para a área do Direito Comercial relações estranhas à *circulação*, ao comércio em sentido estrito, e próprias da *produção* dos bens.

(5) Dividem-se as opiniões sobre o caráter *objetivo* ou *misto* do *Code de Commerce*, mas, em geral, afirma-se que ele não é *subjetivo* ou *pessoal*, isto é, limitado aos comerciantes. Consideram-no *objetivo*: PARDESSUS — *Cours de Droit Commercial*, vol. I, ns. 1 e 4, embora admitindo a presunção legal da comercialidade dos atos emanados dos comerciantes (nº 48); PRADIER FODÉRÉ — *Précis de Droit Commercial*, pág. 1; LÉON LACOUR — *Précis de Droit Commercial*, pág. 21; E. THALLER — *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, vol. I, nº 8. Reputam-n'o *misto*: LYON — CAEN ET RENAULT — *Traité de Droit Commercial*, vol. I, nº 87; JULIOT DE LA MORANDIÈRE — *Le Droit Commercial*, pág. 18; GEORGES RIPERT — *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, nº 8; ESCARRA — *obr. cit.*, ns. 84 e 85.

(6) As legislações latinas sofreram sensível influência do *Code de Commerce*.

Um elemento comum soldou a circulação e a produção, as atividades comerciais e as industriais: a *empresã*.

Foi dêsse elemento que se valeu o legislador italiano de 1942 para, em um código de direito privado, abrangente do Direito Civil e do Comercial, inserir normas sistematizadas sobre as *empresãs* em geral (arts. 2.082 e segs.). O conceito econômico, criado pelo industrialismo do último século e dêste, transportou-se, com as convenientes adaptações, para o plano jurídico, onde aspira a constituir-se em fulcro de uma nova dogmática.<sup>7</sup>

O Direito Comercial seria, não mais o direito dos *comerciantes* ou o dos *atos de comércio*, mas, sim, o *direito das empresãs*, o que quer dizer: o direito da economia comercial e industrial.

No caso particular da Itália, a união *formal*, em um único instrumento legislativo, das novas normas não excluiu, do ponto de vista *substancial*, a autonomia científico-didática da disciplina, desde que, como observou GRECO<sup>8</sup>, ela não se condiciona ao fato de que a matéria "formi oggetto di un separato e organico testo o corpo de leggi", mas, sim, nota ISIDORO LA LUMIA<sup>9</sup>, ao fato de que seja uma entidade merecedora de estudo particular e "formi un *insieme omogeneo ed organico*, dominato da *principi generali*, pure omogenei, distinti da quelli informati delle altre discipline giuridiche".

Històricamente, longo e penoso foi o caminho percorrido, desde o direito profissional dos mercadores, gerado nas entranhas medievais do corporativismo, até o direito das *empresãs*, ainda ensaiando os primeiros passos.

A notícia histórica, fixando, em largos traços, a evolução do Direito Comercial, será útil ao fio inicial de considerações, que, a seguir, retomaremos.

### 3. Desde as origens, quase, o Direito Comercial tem

(7) ISIDORO LA LUMIA doutrina: "Ma, soprattutto, dalla analisi della norme di diritto positivo si deduce: 2) — Che è statuito un *concetto giuridico* di "attività commerciale in senso ampio, comprendente le seguenti forme di attività economica produttiva: 1° attività *industriale* diretta alla produzione de bene o di servizi; 2° attività *intermediaria* nella circolazione dei bene (attività commerciale in senso stretto); 3° attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4° attività *bancaria* o assicurativa; 5° attività *ausiliaria* delle precedente". (L'autonomia del nuovo diritto delle imprese commerciali — In *Rivista del Diritto Commerciali*, vol. XL, parte prima, pág. 3).

(8) *Apud* LA LUMIA — loc. cit., pág. 1.

(9) Loc. cit., pág. 5.

defrontado uma grave dificuldade: a determinação do próprio objeto.

Mesmo quando, no mais exacerbado corporativismo, era direito tipicamente *profissional*, para alcançar as operações de câmbio e as letras de câmbio, ainda que sem a participação de um comerciante, bem como as operações conexas com a atividade comercial (*occasione mercantiae*). Já na hora crepuscular das corporações, a Ordenança do Comércio (arts. 2 e 7) incluía na jurisdição consular as controvérsias relativas às letras de câmbio e a certos atos do comércio marítimo, mesmo quando praticados por não comerciantes. O critério da *inscrição*, capaz de caracterizar seguramente o comerciante, perdeu progressivamente a rigidez, pois que as *jurandas* também consideravam tal aquêle que, sem ser inscrito em uma corporação, exercesse efetivamente o comércio.

De outra parte, o pretenso *objetivismo* francês também não conseguiu fixar o *objeto* do Direito Comercial. Os *atos de comércio* não se acomodaram em um conceito unitário e abstrato. Sempre foi inevitável a sua discriminação em listas legais, cujo caráter *taxativo* ou *exemplificativo* se controverte. A natureza mercantil falta em alguns dos que compõem o elenco. Contorna-se a dificuldade com a evasiva de que a eleição dêles obedece a critérios políticos, de conveniência ou utilidade prática, quando não busca explicação em motivos simplesmente históricos. Se o conceito do *ato* é conhecido, o do *comércio*<sup>10</sup> não se precisou, principalmente a partir do momento em que passou a envolver também atividades *produtivas*, estranhas à *circulação*. O *ato de comércio* já não é sempre um ato de *intermediação*, de *interposição* na troca. Pode ser *ato de produção*, inclusive com matéria prima do próprio produtor, ou de *extração* (indústria extrativa ou minerária). Também a *especulação* não o singulariza, porque é certo que ela não falta em alguns atos inequívocamente civis<sup>11</sup>. Não se distinguem os atos de comércio, ainda, por uma *forma* específica, comum a todos. Só alguns assumem *forma* capaz de individuá-los. O *objeto mobiliário* não é privativo do comércio, pois que os bens móveis se prestam

(10) A expressão *commercium*, entre os romanos, abrangia todas as relações jurídicas pertinentes à utilização dos bens. Daí dizer-se, ainda hoje, que certos bens se encontram no comércio e outros fora do comércio.

(11) ESCARRA, observando que *especular* é procurar um lucro, nota que quem adquire coisas de que não necessita para o seu uso ou consumo, ainda que sem a intenção atual de revender, pratica a especulação. Conclui: "Aussi bien le désir de spéculer n'est il pas pro-

também a relações civis. Afinal, tudo falha quando se procura um critério científico que permita eliminar, no assunto, o empirismo. A tôdas essas irredutíveis dificuldades acresce a de que o *Code de Commerce*, além de se iniciar com a definição do *comerciante*<sup>12</sup>, instituiu os *tribunais de comércio* que, à moda das *jurandas* corporativistas, se destinaram a ministrar justiça especial a uma *classe* ou *profissão*.

A imprecisão dos contornos do Direito Comercial, tanto no *subjetivismo* como no *objetivismo*, suscita perplexidades. A Alemanha, com espaços de décadas apenas, variou do primeiro sistema para o segundo e dêste para aquêle, tudo no último século.<sup>13</sup>

Não falta, pois, razão a RIPERT quando nota que tudo tem acabado em desalentador círculo vicioso: “le commerçant se reconnaît à la nature des actes qu’il fait” e “la nature des actes dépend de la qualité de celui qui les fait”...<sup>14</sup>

Se as necessidades econômicas impõem a permanência do Direito Comercial como ramo autônomo do Direito, urge libertá-lo de incertezas, como essas, que se referem à determinação do seu próprio objeto. De formação relativamente recente e umbêlicamente ligado à economia, sempre complexa e cambiante, são compreensíveis as suas dificuldades. Mas, essa mesma vinculação deve sugerir aos comercialistas a utilização dos resultados obtidos pelos economistas nas pesquisas que, sobretudo no último quartel do século, tanto os tem notabilizado.

4. Foi de um conceito econômico, o da *empresa*, que se valeu o *Codice Civile* italiano de 1942, para oferecer às atividades mercantis novas estruturas jurídicas.

O empresário se define, em seu art. 2.082, como sendo quem “esercita professionalmente un’attività economica or-

---

pre aux commerçants et restreint aux seules opérations commerciales. C’est un désir assez répandu dans toutes les classes sociales et dans toutes les professions et l’on n’a jamais soutenu qu’un avocat, un médecin, un architecte, en percevant des honoraires, c’est-à-dire en s’enrichissant par leur travail, fissent des actes de commerce. La spéculation est également le fait des agriculteurs, dont les activités sont traditionnellement exclues du droit commercial” (obr. cit., nº 40).

(12) “Art. 1er. — “Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle”.

(13) Cfr. KARL HEINSHEIMER — *Derecho Mercantil* — tradução de GELLA, pág. 5; VICENTE Y GELLA — *Introducción al Derecho Mercantil Comparado*, nº 19.

(14) Obr. cit.

ganizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

Do texto decorre o conceito da empresa: é uma atividade econômica organizada com vistas à produção ou à troca de bens e serviços. Não é confinada, pois, à *circulação* (troca de bens ou serviços) e abrange, também, a *produção*. Compreende as atividades comerciais (em sentido estrito) e as industriais, colocando-se, pois, em consonância com o conceito jurídico do *comércio*, firmado principalmente após a Revolução Industrial. Sob esse aspecto suficiente, o conceito peca por excesso quando não exclui a produção *agrária*, que, ao contrário, o art. 2.083 inclui na atividade empresária<sup>15</sup>. Perdôa-se a demasia ao considerar-se que o texto não se insere em uma lei formalmente mercantil, mas, sim, em um Código Civil, que, na realidade, é, antes, um código de direito privado.

5. O Direito Comercial, a esta altura do processo de sua expansão, aplica-se a toda a atividade econômica, excetuada apenas a produção agro-pecuária.

A *máquina*, suscitando a *Revolução Industrial*, possibilitou a produção em massa de artigos de consumo e de conforto, para a venda em condições acessíveis. O artesanato entrou em decadência, perdeu a importância econômica. A competição entre os novos produtores, devidamente equipados, passou a fazer-se à base de uma progressiva melhoria das condições técnicas da produção. Em outras palavras, somente terá aptidão para concorrer, no mercado consumidor, a produção tecnicamente organizada. Surgiu, assim, a *empresa* como forma de organização da atividade econômica.

Idêntico fenômeno não ocorreu relativamente à produção agro-pecuária. A *máquina*, na vida do campo, só raramente é utilizada. A mecanização da lavoura, pouco praticada, encontra dificuldades naturais na topografia das terras. Os instrumentos de trabalho são ainda rudimentares. A produção é cíclica, dependente do tempo necessário para a germinação e evolução das espécies. Se novos métodos, mais racionais, vão sendo introduzidos nas atividades agro-pecuárias, o certo é que não sofreram elas, ainda, inovações de tal ordem que tornassem os seus problemas idênticos aos da produção industrial (em sentido estrito).

(15) Art. 2.083 — “Sono piccolli imprenditori i coltivatori diretti del fondo (1647), gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia (2.202, 2.214, 2.221)”.

Essas circunstâncias peculiares mantêm a produção agro-pecuária, mais estável e tranqüila, fora do âmbito de um direito dotado da mobilidade exigida por outros tipos, mais dinâmicos, de atividades econômicas. Não deverá surpreender a futura ampliação da disciplina mercantil também às relações derivadas da economia rural, que já vai se utilizando de meios próprios de outros setores, como, por exemplo, o apêlo ao crédito bancário para o financiamento da sua produção, especialmente a relativa ao gado *vacum* destinado ao consumo das populações urbanas. Por ora, falta-lhes, todavia, aquela decisiva realidade abstrata que ESCARRA qualifica de *espírito do comércio* <sup>16</sup>.

O Direito Comercial tende a tornar-se o *direito das atividades econômicas*, expelindo da área destas o Direito Civil, que pode acabar confinado ao campo relativo à pessoa, envolvendo, então, a família, a sucessão hereditária, e à propriedade, notadamente no concernente ao seu conteúdo econômico de *uso e gozo* <sup>17</sup>.

---

(16) Observa o Professor de Paris que, na vida civil, o particular compra um imóvel "avec l'intention normale de faire un placement, d'acquérir une valeur stable", praticando uma operação preocupada com a *estabilidade* e a *conservação*, ao passo que ao comerciante falta o propósito de estabilidade, "l'intention de conserver". Deseja apenas realizar lucros, para promover novas inversões, também lucrativas. A especulação é, então, sistemática e habitual.

(17) O problema da unificação do *direito privado* passou a prender a atenção dos meios científicos sobretudo a partir dos famosos artigos doutrinários lançados por CESARE VIVANTE no crepúsculo do século passado, em substância reproduzidos na *introdução* do seu *Trattato di Diritto Commerciali*. Embora o próprio comercialista viesse retificar, um quartel de século depois, a posição assumida, aqueles escritos continuam ainda a atrair espíritos.

Os argumentos principais de VIVANTE e dos seus prosélitos foram estes: a) o Direito Comercial é protecionista da classe dos comerciantes e faz vista grossa no tocante aos interesses de uma classe muito mais numerosa, a dos consumidores; b) as dúvidas sobre o caráter civil ou comercial da relação ocupam inconvenientemente a atenção dos julgadores; c) a autonomia exerce perniciosa influência sobre o progresso científico do Direito Comercial, que se torna simplesmente subsidiário, porque os princípios gerais se acham no Direito Civil; d) a possibilidade de unificação foi demonstrada na prática do direito positivo inglês, americano e suíço.

Replica-se que: a) com ou sem autonomia, os comerciantes, como classe, podiam obter a inserção, no direito positivo, de normas protecionistas; b) as questões de confins existem em relação a todos os outros ramos de Direito e jamais constituíram motivo para eliminá-los; c) também a autonomia não constitui óbice ao progresso científico do Direito Comercial, tanto que notáveis pesquisas e trabalhos têm sido realizados por comercialistas; d) a unidade do Direito Privado na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Itália e mesmo na Suíça é mais

A *função intermediária*, que vinculava o Direito Comercial ao circuito da *circulação*, já não o esgota, nem caracteriza; é insuficiente para marcar-lhe o domínio. A especulação só o singulariza quando, tornando-se *sistemática*, reflete um espírito — o *espírito do comércio* — presente em tôdas as *empresas*.

O avanço, no sentido de cobrir, senão já tôda a área da economia, quase tôda ela, é, supomos, o traço eminente do Direito Comercial contemporâneo, que, tudo faz crer, cada dia mais se acentuará.

---

de caráter *formal* do que *substancial*, porque consistente na incorporação das normas em um só instrumento legislativo, sem preocupar-se com a elaboração de novos princípios gerais.

ALFREDO ROCCO reputa fundamental esta indagação: do ponto de vista da substância das coisas, existe uma categoria de relações econômico-privadas que necessite de uma disciplina jurídica *especial*? Respondendo-a, considerou condições da atuação comercial a possibilidade de uma rápida e expedita conclusão dos negócios e a máxima facilidade do crédito. É necessária a rápida conclusão dos negócios, disse, porque só assim podem os produtos ser colocados prontamente ao alcance do consumidor; o crédito é imprescindível, porque o comerciante não visa a ter mercadoria para si mesmo, mas para o consumidor, que é quem, em última análise, paga o seu preço. Então, o comércio reclama maior simplicidade de formas na manifestação da vontade e tutela do crédito mais eficaz do que a exigida pela atividade não comercial.

Entende ESCARRA que o diálogo unidade-dicotomia só foi pertinente quando floresceu o liberalismo econômico. Na atualidade, o Direito Comercial, — dadas as numerosas e crescentes intervenções estatais na economia, agora virtualmente *dirigida* —, publiciza-se, torna-se institucional, afasta-se da área contratual. O problema da unificação se substitui, então, pelo da absorção do Direito Comercial pelo Direito Público.

O Direito Civil constituiu-se, historicamente, por princípios e normas de *direito geral*, de *direito geral privado* e *direito civil e comercial*. O aparecimento e a autonomização do Direito Administrativo, envolvendo o contrato administrativo, os bens e a propriedade públicos, implicaram o desfalque de apreciáveis trechos do seu domínio tradicional. O Direito Comercial, autonomizando-se e expandindo-se até cobrir quase tôda a ordem econômica, também o confinou em limites mais restritos. De outra parte, foi na vida mercantil que surgiram a letra de câmbio, os seguros, certos tipos de sociedade, que, mostrando-se úteis à atividade civil, podem, pelo menos em parte, incorporar-se ao *direito privado geral ou comum*. A resistência oposta pela tradição dificulta o discrimine dessas zonas. Mas, a análise pode, sob o aspecto da divisão do trabalho científico, dissociá-las e isolar cada uma delas, mesmo quando, no plano do direito positivo, se apresentem formalmente unidas. Sob êsse aspecto, consideramos que o Direito Civil, como direito comum, está a desagregar-se. O processo de desagregação científica não será contido por deliberações do legislador. Ilustra-se o asserto com o caso da Itália: se o *Codice Civile* de 1942 trouxe para o seu âmbito o Direito Comercial, a unificação formal não impediu a sobrevivência do Direito Comercial no plano científico e mesmo didático — (Cfr.

6. No presente século, não se contesta que as necessidades técnicas, relacionadas com a coordenação dos fatores econômicos, situaram no leme da economia a *empresa*, como expressão da atividade organizada. Dizer-se, então, que o Direito Comercial é o direito da economia ou das atividades econômicas equivale a conferir-lhe a condição de *direito das empresas*, tornando-se então, caducos os sistemas *subjetivista* e *objetivista*, fundados, respectivamente, na pessoa do *comerciante* ou no conceito abstrato do *ato de comércio*.

Mas, atingido este ponto, toda a dificuldade consiste em transportar para o plano jurídico um conceito econômico, como é o da *empresa*. Na Itália, essa dificuldade agravou-se, extremando os melhores espíritos, em virtude da imprecisão com que o novo direito positivo tratou a matéria.

Há um fenômeno curioso a sublinhar. Enquanto a idéia da *empresa* prosperava no campo econômico, uma outra, pelo menos muito semelhante a ela, adquiria contornos e acabava florescendo no plano jurídico: a da *fazenda mercantil*, *fundo de comércio* ou *estabelecimento comercial*. Esse paralelismo serve para evidenciar que algo havia de comum nos dois planos. A diferença entre as duas entidades ou não existiria ou, pela sutileza, seria difícil de precisar.

No momento em que se considerou oportuno trazer a noção da *empresa* para o âmbito jurídico, dividiram-se as opi-

---

LUIGI LORDI — *Istituzioni di Diritto Commerciali*, vol. I, pág. 5; ISIDORO LA LUMIA — *Corso di Diritto Commerciale*, nº 9; VITTORIO SALANDRA — *Manuale di Diritto Commerciale*, vol. I, pág. 4; GIUSEPPE FERRI — *Manuale di Diritto Commerciale*, nº 7; ALBERTO ASQUINI, FRANCESCO CARNELUTTI e LORENZO MOSSA — *Sulle nuove posizioni di Diritto Commerciale* — in "Revista del Diritto Commerciale", vol. XL, pág. 65).

A socialização da economia realmente contribue para publicizar-se o Direito Comercial. O coletivismo o atrai para o plano do Direito Administrativo, podendo, como sucede na Rússia, reduzir-se a quase nada a sua área. GORDON salienta que, na economia soviética, o agente do comércio é um instrumento da utilidade social (*Système du Droit Commercial des Soviets*, pág. 9). O intermediário é visto na doutrina soviética, assinalam RENÉ DAVID et JOHN HAZARD, "non seulement comme un danger politique mais comme un être antisocial"; é um parasita que nada acrescenta ao valor das coisas e suga as substâncias produzidas por outras forças (*Le Droit Soviétique*, vol. II, pág. 18). O art. 107, do Código Penal russo, considera *crime de especulação* a revenda, para lucrar, de produtos agrícolas ou bens que se consomem em grande quantidade. Os instrumentos de produção integram a economia coletivista e pertencem ao Estado. Se estas observações acentuam a íntima vinculação entre a economia e o Direito Comercial, também sugerem que onde prepondera a economia capitalista esse Direito se manterá no âmbito do direito privado, ainda que nele se multipliquem as disposições cogentes.

niões: para uns, *empresã* e *fundo de comércio* não se distinguiriam<sup>18</sup>; para outros, êste é gênero e aquela é espécie<sup>19</sup>; uma terceira posição inverte os tãrmos, para considerar a *fazenda comercial* como uma parte da *empresã*, que seria uma organização de pessoas e, por via secundãria, tãbãem de bens, enquanto que a *fazenda* constituir-se-ia sãmente de bens<sup>20</sup>. Aproximando-se desta ùltima concepção, ALBERTO ASQUINI, em face do sistema do cãdigo italiano, entende que a *empresã* é organização *de trabalho*, sendo, por isso mesmo, em seu aspecto estrutural, organização *de pessoas*, "che nel suo vertice se confonde con l'imprentore"; a *fazenda*, como organização de bens, seria "ovviamente oggetto di diritti"<sup>21</sup>.

Coube a FRANCESCO CARNELUTTI trazer ao esclarecimento do tema contribuição relevante. Assinala que a *fazenda* não é apenas uma *universitas rerum*, um conjunto de coisas ou de bens, integrando-a tãbãem o elemento *pessoal*, *quid* superior que interliga duas *universitates*, *rerum* e *personarum*. Surge, assim, um *ente complexo*, em que se fundem entes singulares (coisas e pessoas) "di diversa qualitã e in diversa quantitã". Êsse ente, enquanto estãtico (*in quiete*), é a *fazenda*; pãsto em movimento (*in atto*), é a *empresã*. A correlaçã entre as duas seria semelhante à que a fotografia guarda com a cinematografia, pelo que "il concetto d'azienda appartiene alla statica, il concetto d'impresa alla dinamica del diritto"<sup>22</sup>.

(18) LORENZO MOSSA entende que "l'impresa commerciale é quella che, nella storia, si era chiamata azienda commerciale" (*Sulle nuove pozioni del Diritto Commerciale*, in "Rivista del Diritto Commerciale", vol. XL, parte prima, pãg. 71).

(19) FRANCESCO SANTORO — PASSARELLI, repelindo a identidade entre os dois tãrmos, considera a *empresã* como sendo "la stabile azienda produttiva di grande o media dimensione" e, assim, trata-se de "un rapporto di specie a genere" (L'impresa nel sistema del Diritto Civile, in "Rivista del Diritto Commerciale", vol. XL, pãg. 390).

(20) GRECCO, *apud* FRANCESCO FERRARA — *Teoria juridica de la hacienda mercantil* — tradução de NAVAS, nã 34.

(21) Loc. cit.

(22) Loc. cit. — VITTORIO SALANDRA filia-se ao pensamento carnelutiano ao escrever estas palavras: "L'espressione *impresa* é piã spesso adoperata in senso *oggettivo*, in relazione alla persona dell'imprenditore, per designare, dal punto de vista statico, l'organizzazione di persone e di beni cui l'imprenditore si avvale per l'esercizio della sua attivitã, e dal punto de vista dinamico *l'attivitã stessa* che egli esercita per mezzo di questa organizzazione" (*Manuale di Diritto Commerciale*, vol. I, pãg. 18). Em suma, o mesmo que disse CARNELUTTI: *empresa* é "l'azienda in atto (o in movimento, se meglio ti piace)" e *fazenda* é "l'impresa in quiete". GIUSEPPE FERRI considera que se trata apenas de dois aspectos de atividade do empresãrio. Achar-se-iam ãles "in pozione di complementaritã" (*Manuale di Diritto Commerciale*, nã 13).

A *empêsa* seria, então, como quer VALERI<sup>23</sup>, a *atividade organizada*, tendo a *fazenda* como instrumento de ação, ou, na palavra de FERRARA<sup>24</sup>, “la actividad profesional del empresario”, valendo-se da *fazenda* como “organización productiva que constituye un capital”.

7. A atividade econômica organizada, nota MESSINEO, “si trasforma in *attività giuridica*, ossia nell’*attività giuridica dell’impreditore*”<sup>25</sup>.

È que a própria *organização* cria relações inter-subjetivas, porque logo afeta as esferas jurídicas de outros sujeitos. O fenômeno produtivo, em si mesmo e enquanto circunscrito ao âmbito de uma só pessoa, bem observa FERRI, é irrelevante para o direito<sup>26</sup>. Mas, as relações suscitadas pela organização da atividade produtiva desbordam dêsse âmbito e passam a reclamar a disciplina jurídica.

8. Não se quer dizer, entretanto, que a *empêsa*, no plano jurídico, constitui um organismo unitário e autônomo. Não é ela um *sujeito* de direitos, qualidade que se reconhece apenas ao *empresário*, como pessoa física ou jurídica.

A *empêsa*, sendo *atividade*, pode ser exercida, pois, tanto pelo comerciante individual como pela sociedade mercantil<sup>27</sup>.

9. Dado, entretanto, que se trata de atividade *organizada*, preordenada a um certo *fim* (relativo à produção ou à circulação dos bens), em atenção ao qual se *sistemizam*

(23) *Apud* FRANCESCO FERRARA loc. cit.

(24) Loc. cit. — ISIDORO LA LUMIA afirma que a doutrina dominante conceitua a *empresa* como “l’esercizio professionale di una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi” (*Corso di Diritto Commerciale*, nº 55). Não nos parece aceitável a informação. Na Itália, a empresa é a própria atividade organizada. Quem diz *atividade* inclui no termo o *exercício* e, se é organizada, traz a marca profissional. A fórmula reproduzida, quando não fôsse pleonástica, pecaria por demasia verbal.

(25) *Manuale di Diritto Civile*, vol. I, § 21.

(26) *Manuale di Diritto Commerciale*, nº 11.

(27) MARIO CASANOVA realça a proximidade que se nota entre a sociedade mercantil e a sua *fazenda* (podia referir-se igualmente à *empêsa*), observando que a progressiva evolução no sentido da personificação das sociedades mercantis teve por móvel a conveniência de separar o *fundo social*, autonomizando-o, dos patrimônios pessoais, refletida na política legislativa que pretende estabelecer uma regulamentação patrimonial autônoma, inclusive da *fazenda individual* (*Estudios sobre la teoria de la hacienda mercantil* — Tradução de NAVAS, nº 14). Fenômeno semelhante ocorreu em relação à estrutura da *empêsa*, ao constituir-se em *unidade funcional*, que sempre pode ser isolada, destacando-se do conjunto de bens e atividades de uma só e mesma pessoa.

as operações, a própria teologia da *empresá* a situa como uma *unidade funcional*, inconfundível com qualquer ato, atomisticamente considerado.

10. Conclui-se agora que, tomando-se como elemento de integração do Direito Comercial a *atividade econômica organizada*, vale dizer, a *empresá*, e não o sujeito (empresário) que a exerce, ainda é objetivo o sistema.

Logo se percebe, porém, que êste não se objetiva no *ato de comércio*, categoria indefinida e acessível ao não comerciante, mas, sim, em uma *atividade sistemática*, organizada, teleològicamente preordenada e dotada de unidade funcional, — atividade essa que só o *empresário exerce*, porque só êle possui o *espírito do comércio* ou, mais pròpriamente o *espírito da empresá*.

Determinado, assim, o objeto do Direito Comercial, da área dêste se afastarão naturalmente os atos estranhos à *empresá*, isto é, à atividade econômica organizada.

11. As pesquisas precedentes, situando-se em plano superior ao do direito positivo, não se utilizaram de elementos extraídos da legislação comercial brasileira. Torna-se, agora, oportuno cotejar com esta os resultados obtidos.

Pretende-se que vigora no país predominantemente o sistema *objetivo*, fundado no *ato de comércio*, embora mitigado por certos traços *subjetivistas*. Tal foi a conclusão de CARVALHO DE MENDONÇA, que fez proselitismo e se enraizou nos espíritos. A sua erradicação, após algumas décadas de influência das lições do exímio tratadista, não seria obra fácil e, ao demais, sòmente poderia operar-se mediante persistente esforço no sentido do melhor esclarecimento do tema.

Convém, não obstante, notar que foi aquêle mesmo prestigioso comercialista quem, acentuando que do Código “foi *propositadamente* afastada a expressão *atos de comércio*”, reconheceu que êste foi elaborado “sob a influência do sistema subjetivo que francamente adotara” e “procurou regular exclusivamente a atividade profissional dos comerciantes”, tanto que “instituiu a matrícula dos profissionais do comércio, capazes e de crédito público, para o efeito de gozarem da proteção que êle *liberalizava em favor do comércio* (arts. 4º e 6º), enumerara as prerrogativas dêstes comerciantes (arts. 21, 25 e 301), estabeleceu para êles o processo especial de falência (art. 908 e art. 15, do Regul. nº 737)”, além de haverem o seu Título Único e o Regulamento (mandado baixar por seu art. 27) compòsto os Tribunais de Comércio com deputados comerciantes, — “tudo isso reminiscência da organização me-

dieva". Título Único e Regulamento teriam, não obstante, levado o Código a "perder o norte" e conduzido o tema ao caos<sup>28</sup>. Quanto ao Regulamento nº 737, cabe a observação de que, além de ser restrita a função a êle atribuída ("determinar a ordem do juízo no processo comercial"), o seu carácter regulamentar ou, no máximo, de lei *delegada* (que devia ter "em vista as disposições dêste Título e as do Código Comercial") seria suficiente para privá-lo de fôrça para *desnortear* o Código, lei de mais alta hierarquia. No tocante ao Título Único, pondere-se que, integrando um sistema, o do Código, não podia ser isolado, para fins de exegese. Ainda que pudessem fazer o Código "perder o norte" e houvessem produzido o caos, êsses resultados *negativos* não deveriam converter-se em materiais de construção de um sistema oposto ao do mesmo Código, sobretudo em um momento (como o da elaboração do famoso Tratado) em que as normas *desnorteadoras*, concernentes à jurisdição especial e ao processo para as causas mercantis, já não vigoravam<sup>29</sup>, achando-se o Código, então, com as suas linhas profissionalistas recom-

(28) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I ns. 40 e 301.

(29) A análise das disposições invocadas não prestigia as ilações delas extraídas. O art. 18, do *título único*, reputou "comerciais tôdas as cousas que derivarem de direitos e obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial, contanto que uma das partes seja comerciante". Se o direito ou obrigação está sujeita ao Código Comercial e o respectivo titular ou devedor é comerciante, o carácter comercial da relação se positiva independentemente da aplicação da teoria dos atos de comércio. O art. 19, ao mandar julgar certas questões "na conformidade das disposições do Código Comercial, e pela mesma forma do processo, ainda que não intervenha comerciante", não os reputou comerciais (veja-se a linguagem diversa constante do art. 18), mas apenas as submeteu à lei e ao processo comercial. O art. 21 apenas recomendou que aos *negócios ou causas do comércio* se applicasse a legislação comercial. A parte final da proposição, alusiva aos peritos, não é, na substância, diferente da inicial, concernente aos tribunais e juízes, pelo que, ao falar em "objetos, atos ou obrigações comerciais", também pretendeu abranger apenas "os negócios ou causas do comércio". Os elementos colhidos pelo famoso tratadista no Regulamento nº 737 não conferem maior solidez à sua construção. O art. 10 reproduziu o art. 18, do título único do Código, já analisado. O art. 11 a infirmou, pois que condicionou a competência da jurisdição comercial ao concurso da comercialidade da dívida e da condição de comerciante de uma das partes, pelo menos. O art. 12 previniu o ato bifronte, atraindo para a jurisdição comercial a parte *não comerciante*. A *vis attractiva* torna comercial para êste o ato de que participa um comerciante, extensão legal que independe dos princípios componentes da teoria dos *atos de comércio*. O art. 13 exclui do campo do Direito Comercial as "questões de bens de raiz". O art. 14 submeteu à jurisdição comercial, *em razão das pessoas e dos atos*, questões relativas a auxiliares do comércio marítimo e terrestre e os atos do comércio praticados por estrangeiros residentes no Brasil. O art. 15, admitindo

postas. Com efeito, os Tribunais do Comércio haviam sido extintos, desde 1875, pelo decreto n° 2.662, regulamentado no ano seguinte (decreto n° 5.385), e o Regulamento n° 737, em virtude da competência atribuída aos Estados pela Constituição de 1891 para a legislação processual, já havia sido substituído pelos Códigos de Processo Civil estaduais, que, mais tarde, também cederiam lugar ao Código de Processo Civil do Brasil (decreto-lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939), no qual não se reproduziram os arts. 10 a 20, do Regulamento citado. Discutível, pois, o método exegético a que recorreu o mestre, ao coligir fragmentos de normas caducas para construir um sistema que, sente-se em suas palavras, receiava fôsse considerado fantasista <sup>30</sup>.

Ao concluir a construção, legou-nos uma tripartida sistemática, que distingue os *atos de comércio* em três categorias, a saber: a) por natureza; b) por dependência ou conexão; c) por força ou autoridade da lei <sup>31</sup>. As duas primeiras sempre se incluíram nos quadros do Direito Mercantil, até mesmo no período em que êle mais se identificou com a *profissão* do comerciante, isto é, quando florescia o corporativismo medieval. Com efeito, já naquela época, estavam "sujeitos à jurisdição mercantil, registra ALFREDO ROCCO, todos os afazeres conexos com uma operação comercial, isto é, realizados *occasione negotiationis, occasione mercantiae, occasione cambiorum*" <sup>32</sup>. Por exclusão, isola-se, como contribuição do construtor, a terceira categoria: a dos *atos de comércio por força ou autoridade da lei*.

Cumprе considerar, entretanto, que a teoria do *ato de comércio* pretende objetivar o Direito Comercial *no ato*, em si, vale dizer, no ato que apresente certas características, suficientes para distingui-la, ainda que dêle não participe um co-

---

o comerciante sem matrícula, repetiu disposições do Código Comercial que só ao matriculado reservaram as prerrogativas e proteção liberalizadas a favor do comércio. O preceito não se afeiçoa à teoria dos atos de comércio. O art. 16 tratou da falência "dos negociantes que não forem matriculados". O art. 17 dispôs sobre a prova específica da profissão habitual do comerciante matriculado. O art. 18 tornou livre a prova da qualidade do comerciante não matriculado. O art. 19 considerou *mercância* certos atos que especificou e que são próprios do comércio. O art. 20 reproduziu o art. 19, do título único do Código, acrescentando ao seu elenco as questões relativas às letras de câmbio e da terra. Tôdas essas disposições, já revogadas, tratavam tão somente da jurisdição e do processo comerciais, agora comuns aos atos civis.

(30) Obr. e vol. cit., n° 307.

(31) Obr. e vol. cit., n° 305.

(32) Obr. cit., n° 4.

merciante. Trata-se, logo se vê, de identificá-lo por seu próprio *conteúdo*, por sua *materialidade*, o que quer dizer pelos elementos *intrínsecos* que apresente. A lei sendo, do ponto de vista da qualificação do ato, elemento *formal* e *exterior*, não o identifica por êsse critério. Acresce que nenhuma das disposições invocadas pelo famoso comercialista qualifica de *atos de comércio*, expressão que o Código *propositadamente* afastou, os atos que enumera; limitaram-se a submetê-los à jurisdição mercantil, que já não existe, ou a certas disposições das leis processuais ou comerciais, já substituídas. Questão de política legislativa, de conveniência, que não revela necessariamente o propósito de tornar comerciais atos que não tenham tal natureza. Ninguém diria, por exemplo, que, mandando o art. 121, do Código Comercial, observar em contratos *comerciais* “as regras e disposições do direito civil”, tais contratos perderam a qualidade *comercial*, expressamente mencionada no texto.

A competência legislativa para as duas matérias, a comercial e a civil, é da União (art. 5º, XV, “a”, da Constituição Federal), que, ao dispor sôbre qualquer delas, não o faz sempre sob a etiqueta civil ou comercial. O discrimine sômente pode fazer-se, pois, por critério científico. A teoria dos *atos do comércio*, em nenhum país, se mostrou suficiente para realizá-lo. Muito menos poderia marcar os confins do Direito Comercial no Brasil.

Fica-nos a convicção de que, por falta de base legal, a objetivação do Direito Comercial no *ato de comércio* é arbitrária, traduzindo, talvez, simples preferência pessoal de um categorizado comercialista, cuja obra exerceu a mais larga influência na jurisprudência e na doutrina posteriores.

Extintos os Tribunais de Comércio, unificados o processo e a jurisdição civil e comercial, revogados o Título Único do Código Comercial e o Regulamento nº 737, que se substituiu pelas leis processuais estaduais e depois pelo atual Código de Processo Civil, o pouco que resta da lei comercial de 1850 gira em tórno da *profissão* de comerciante e, portanto, da idéia insita da *empresa*, dado que esta, como professa ESCARRA, é, em suma, “la répétition *professionnelle* d’actes de commerce, reposant sur une organisation préalable”<sup>33</sup>. Já o Regulamento

(33) Obr. cit., nº 91.

nº 737<sup>34</sup> a mencionara. A legislação posterior faz-lhe frequentes referências<sup>35</sup>.

A integração do fragmentário Código Comercial pelas numerosas leis subseqüentes acusaria, na consolidação de todos êsses textos, a presença da *emprêsa*, como elemento dominante e apto para vinculá-lo mais intimamente à economia. A lei nº 2.724, de 9 de fevereiro de 1956, que, para fins didáticos, incorporou o Direito Industrial ao Comercial, reflete essa realidade jurídica da atualidade.

12. Agora, uma indagação complementar: qual o *interêsse* da precisa determinação do objeto do Direito Comercial?

A divisão do trabalho científico pressupõe a existência de categorias de relações que, pelas próprias peculiaridades, reclamam princípios e métodos especiais. Então, a autonomia do Direito Comercial se condiciona à demonstração de que a sua *matéria* forma uma dessas categorias. Tal demonstração somente se efetiva mediante uma atividade prévia de isolamento da *matéria* em aprêço. Além disso, é certo, ainda no plano científico, que o Direito Comercial, como notou VIVANTE<sup>36</sup>, estuda “la pratica mercantile dominata com'è da grandi legge economiche, facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione”. Utilizando-se do método da *observação*, cumpre precisar quais os fenômenos que deve observar. Serão os que se configurem, atomisticamente, como *atos de comércio*, isto é, abstração feita de sua integração em uma atividade econômica organizada? Serão os que pratique, em geral, comerciantes? Ou serão aqueles que se encadeiem em um sistema preordenado a um fim econômico?

À parte, porém, o interêsse científico do tema, sem dúvida da maior relevância, — há a considerar o interêsse prático que êle apresenta.

Duas razões, que o acentuavam, estão perentias. Antes, havia numa jurisdição especial, a dos tribunais do comércio, e um processo também especial para as causas mercantis. Agora, essas se submetem à mesma Justiça e ao mesmo processo das causas cíveis.

(34) Art. 19; “Considera-se mercância:... § 3º As *emprêsas* de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, de consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos”.

(35) Vide os decretos-leis ns. 281, 1.808, 1.968, 2.440, 2.538, 2.748, 9.603; as leis ns. 1.386, 1.808, 2.145; os decretos ns. 1.201 (1903), 21.736 (1932), 24.195 (1934), 33.100, 34.893, etc.

(36) *Trattato*, vol. I — Prefazione alla 1ª Edizione.

Não obstante, subsiste ainda certo interêsse prático, a recomendar o discríme da matéria própria do Direito Comercial. Sabe-se que a competência legislativa, tanto para o Direito Civil como para o Comercial, é da União (art. 5º, XV, "a", da Constituição Federal). A *forma* da lei, destinada a reger relações comerciais ou relações civis, é invariável. Assim, salvo os casos em que o texto é expresse sôbre a própria incidência, o elemento *formal* não distingue a lei comercial da lei civil. Só as pode distinguir o elemento *material*, vale dizer, o *conteúdo*, a ser pesquisado em cada norma, porque uma só lei pode conter disposições de direito comum<sup>37</sup>, comerciais, civis, administrativas, tributárias, penais, processuais (exemplo: a lei da falências). O elemento *material*, logo se percebe, consiste na *matéria* específica do Direito Comercial. Então, para saber-se se uma norma é *comercial*, impõe-se a prévia determinação da *matéria* ou do *objeto* da mencionada ciência. Paralelamente, cabe verificar se a *relação*, a que se deva aplicar a norma, é também *comercial*, condicionando-se essa verificação, ainda, à mesma determinação. Tudo isto se impõe em atenção à hierarquia das fontes formais<sup>38</sup> do Direito Mercantil, que, no tocante às relações *comerciais*, confere precedência à lei comercial.

Ainda um outro problema coloca em foco o interêsse prático da configuração da matéria: o da importância atribuída aos *costumes* como fonte de Direito Comercial. Admitindo-se que êste possa ser produzido pelos *costumes*, questão discutível em um Estado de Direito<sup>39</sup>, nova razão alia-se à anterior para realçar o interêsse prático da discriminação em exame. Com efeito, só mediante a prévia fixação do obje-

---

(37) O *direito privado comum* compreende matéria do interêsse do direito civil e do direito comercial. Êste também tem contribuído para a sua formação, especialmente no tocante às sociedades, aos seguros e ao direito cambiário.

(38) O problema das *fontes do direito* pertence à *teoria geral do direito*. Não cabe o seu estudo em qualquer dos ramos particulares da ciência jurídica, senão no que possa aí apresentar em caráter especial. Não obstante, é usual dispensar-lhe o comercialista tratamento amplo, ocupando-se de fontes ou pretensas fontes (princípios gerais de direito, equidade, doutrina, jurisprudência) que interessariam a todo o Direito. Apenas para melhor compreensão do assunto, diremos, com JULIEN BONNECASE, que por *fonte formal* de direito se entende a *forma* obrigatória e preestabelecida que deve assumir o preceito destinado a regular a conduta exterior, para impôr-se coercitivamente (*Introduccion al estudio del Derecho*, nº 58). As *fontes reais*, contrapostas pela escola científica às formais, fornecem à norma formal a respectiva *substância* (BONNECASE, obr. cit., nº 107).

(39) Observa ALFREDO ROCCO que "há tantas fontes de direito quanto são os órgãos que formam a vontade coletiva de que a norma é a ex-

to do Direito Comercial poder-se-á precisar em que casos é lícito invocar o costume como elemento de produção da norma a observar.

Por fim, importa ainda o tema à interpretação da lei comercial, que apresenta singularidades. A vinculação desta à economia, torna a respectiva exegese, como meio de apuração e integração do seu conteúdo, especialmente atenta aos fenômenos econômicos, cujas repercussões em esferas alheias os transportam para o domínio jurídico. De outra parte, as lacunas, tão freqüentes no Direito Comercial positivo, impõe o recurso à extensão e à analogia, com a utilização, em primeira linha, dos princípios que se possam extrair de sua própria sistemática e, em segunda, do Direito Civil ou dos usos, conforme o caso. A ordem das precedências depende, todavia, de um dado apriorístico: tratar-se de matéria de Direito Comercial.

Posto que menor do que nos primórdios, o interêsse, tanto científico como prático, da determinação do objeto do Direito Comercial subsiste, inclusive porque só êle demarca os confins do seu domínio.

13) Para finalizar, convém realçar a importância da substituição do critério do *ato de comércio* ou do baseado no próprio *comerciante* pelo da *empresã*, como meio de melhor determinar-se o objeto do Direito Comercial.

Nota *Escarra* que a noção do ato de *comércio* (garde

---

pressão" (obr. cit., p. 112). Centralizado o poder político no Estado, a vontade coletiva se exprime através dos órgãos estatais. Esta a razão por que FRANÇOIS GÉNY nota que, modernamente, "el poder del derecho consuetudinario cede y se retira ante el papel cada vez más preponderante que toma la legislación escrita" (Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo — edição hespanhola, n. 111). BONNECASE salienta que, como produto espontâneo da consciência popular e com origem em autor desconhecido ou olvidado, o *costume* "no supone un Estado organizado" (obr. cit., n. 62). Em face de uma Constituição que consagra o princípio de que "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 141, § 2º), não se pode recusar adesão à lição de ROCO no sentido de que "o fundamento da força obrigatória dos usos invocados pela lei está na própria norma que os invoca" (obr. cit., n. 33) e ainda de que somente seriam *fontes de direito* os costumes que, aparecendo "como fruto da observância efetiva de uma norma tácitamente posta pela vontade coletiva", obrigassem "por si, fora e acima da lei, como fonte paralela à mesma lei" (obr. cit., n. 32). A segunda categoria não se acomoda ao nosso ordenamento jurídico. A primeira (arts. 154, 176, 186, 199, 201, 207, n. 2 e 291, do Código Comercial) não constitue uma nova fonte de direito, distinta da própria lei que invoca os usos, tornando-os aplicáveis ou obrigatórios..

quelque chose de son exiguité originelle”, certamente porque, historicamente, foi invocada por estreitas razões de competência ou, no máximo, para auxiliar a determinação do caráter comercial de certas profissões<sup>40</sup>. A essa consideração soma-se a de que, além de jamais haver se fixado em um conceito unitário e abstrato, o *ato* de comércio pode ser praticado eventualmente por um não comerciante, sem reclamar a disciplina própria de uma dogmática cuja elaboração teve finalidades mais amplas, como são as de ordem econômica.

O critério da *profissão*, caracterizada por fatos exteriores de fácil percepção, mostra-se mais atento a tais finalidades. Mas, é ainda insuficiente, porque, fundando-se na *pessoa* do profissional, não atribue particular importância à coordenação dos fatores da produção, que especialmente quando esta reclame maior capital, aspira a impessoalizar-se e, sobretudo, a pendurar ainda quando o comerciante se retire voluntária ou involuntariamente.

A *empresa* supõe, sem dúvida, a prática habitual, e até sistematizada, de *atos de comércio*, prática que caracteriza o *comerciante*. Mas, a sua teleologia produz uma *unidade funcional* capaz de distingui-la daquêles e dêste e relacioná-la com as razões históricas e ontológicas da formação do Direito Comercial.

Constitue, por isso mesmo, substância mais adequada para a nucleação dessa ciência.

(40) Obr. cit., nº 91.