Publicização do Direito Comercial

Jorge Lobo*

Este é um pensamento que expressa uma ideia primária; não é nem reciclagem nem a reembalagem dos pensamentos de outras pessoas. Um ensaio é uma meditação impulsiva, não um relato científico.

Nassim Nicholas Taleb[1]

Sumário

I – A Necessidade de um Código Comercial. A – A Elaboração do Código Civil Alemão. B – A Unificação do Direito Privado. C – A Unificação do Direito das Obrigações. D – A Necessidade de um Código Comercial. II – Sistemática Externa ou Estrutura do Código Comercial. III – Divisão do Direito: Direito Público, Direito Semipúblico e Direito Privado. IV – Evolução Histórica do Direito Comercial. A – A Opinião dos Doutos. B – Era das Corporações dos Comerciantes: da Idade Média à Revolução Francesa. C – Era da Codificação das Leis: da Revolução Francesa ao Neoliberalismo. D – Era da Publicização do Direito Comercial: de 1938 aos Nossos Dias.

I – A Necessidade de um Código Comercial

Não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de "Código Civil", um "Código de Direito Privado".

Miguel Reale

O Brasil necessita de um Código Comercial?

A meu ver, sim, *d.m.v.* dos que divergem.

É o que diligenciarei demonstrar a seguir, após (a) transcrever, na íntegra, as abalizadas lições de Eduardo Espínola e Miguel Reale sobre a "memorável polêmica" entre Savigny e Thibaut a respeito da codificação do direito civil na Alemanha; (b) rebater o argumento de que, no país, o direito privado foi unificado com a promulgação do Código Civil de 2002 e (c) refutar a tese da unificação do direito das obrigações pela nova legislação civil.

* Jorge Lobo é Mestre em Direito da Empresa da UFRJ, Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

[1] *A lógica do Cisne Negro*: o impacto do altamente improvável, Ed. Bestseller, 5ª ed., p. 2.

A – A Elaboração do Código Civil Alemão

A propósito das discussões em torno da codificação do direito civil no final do século XIX e começo do século XX, que se aplicam *in totum* ao momento em que vivemos e que podem ajudar a dirimir a controvérsia quanto à necessidade de um novo Código Comercial para o país, o emérito ministro Eduardo Espínola do Supremo Tribunal Federal dissertou:

Tornou-se vencedora, em quase todos os países cultos, a ideia de que a codificação do direito, bem longe de prejudicar a sua formação e o seu desenvolvimento, o apresenta, de forma clara e precisa, como um todo sistemático, cujas partes nada impede que sejam modificadas, sempre que o exijam as nova condições sociais e a consciência jurídica popular. É muito conhecida a célebre controvérsia a que assistiu a Alemanha, logo depois da publicação do Código Civil Francês em 1804, ao qual se seguiu o Código Civil austríaco de 1811, quando apareceu o opúsculo de Thibaut – *Ueber die Notwen-digkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechs für Deutschland* – em 1814, a que respondeu Savigny com um notável escrito – *Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, onde o eminente romanista desenvolve de modo admirável as ideias da escola histórica, da qual se constitui chefe e incansável-defensor. Muitos são, inquestionavelmente, os serviços prestados por essa escola à ciência do direito, mas sua oposição à teoria, então dominante, de que o direito não era mais que a vontade do legislador, levou-a ao excesso oposto de desconhecer a importância que, na confecção do direito positivo, cabe à inteligência humana. O tema veio mostrar que a razão se achava ao lado de Thibaut e o século XIX viu se codificar o direito civil de quase todos os povos civilizados; a própria Alemanha teve em 1896 o seu *Bügerliches Gesetzbuch* que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900 e que, com Giorgio Giorgio, "pode-se dizer o ato legislativo mais notável do século passado sobre o direito privado".[2]

Miguel Reale, em sua notável Filosofia do Direito, resume o que denominou de "memorável polêmica que se travou no início do século passado entre dois juristas eméritos – Thibaut e Savigny".

O primeiro advogava a causa de um Código Civil único para a Alemanha, e o segundo se opunha veementemente àquele *desideratum*. Thibaut era um eminente jurisconsulto, não destituído de formação histórica, mas ainda ligado aos pressupostos do direito natural de Wolf, o continuador do racionalismo de Leibniz e de Thomasius.

Ele não desconhecia que o Direito é uma realidade histórica, mas nem por isso contestava a necessidade de uma codificação, que lhe parecia instrumento de unidade científica e política.

Savigny, de um historicismo romântico acentuado, contrapôs-se ao ideal de Thibaut, escrevendo um pequeno livro, que ficou na história da Ciência Jurídica como um de seus pedestais – *Da vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência* (1814).

[2] *Sistema de Direito Civil*, Ed. Conquista, 4ª ed., 1º vol., p. 29 a 31.

Nessas vigorosas páginas, Savigny objeta a Thibaut e a todos os que pregavam a codificação, por entender que a Alemanha não formava ainda uma Nação e que, assim sendo, lhe faltava maturidade para realizar a obra codificadora. A codificação só lhe parecia admissível nos momentos culminantes de um processo jurídico e não no início da formação política de uma nacionalidade. Pretendia, portanto, que a iniciativa de codificar fosse adiada para quando houvesse um substrato jurídico mais denso, uma experiência profunda do Direito como trama de "relações sociais".

Savigny, portanto, manifestava-se contra um plano prematuro de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que denominava "espírito do povo", pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de *vigência*, de validade técnico-formal, mas destituídas de *eficácia* ou de efetiva existência como comportamento, como conduta.

O Direito deve ser a expressão do espírito do povo, e este, dizia Savigny, manifesta-se especialmente através de regras de caráter consuetudinário, que cabe ao legislador interpretar: – os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo.

Eis em luta, no início do século, as duas orientações que iriam marcar a sístole e a diástole, digamos assim, do processo jurídico da centúria passada e que ainda são o ritmo de nosso tempo: – uma corrente a preferir o direito expresso de maneira abstrata e racional nas leis; e outra a querer o direito tal como ele aparece na vida histórica, na espontaneidade do viver social, tendo como símile o fenômeno da linguagem. Pode-se dizer que nesse contraste já estão postos os dados do problema que a tridimensionalidade pretende resolver, sem partir a linha do pensamento jurídico clássico, mas apenas atualizando suas teses fundamentais e tornando explícitas as teses subjacentes.

A opinião de Savigny não foi a que prevaleceu, porquanto exigências históricas puseram desde logo a necessidade, ou da codificação total, ou de sistematizações particulares. Foi o que aconteceu na Alemanha, onde, mesmo antes de se promulgar o Código Civil, já se elaborara uma grande obra de sistematização do Direito, embora com sentido novo, resultante da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro.[3]

B – A Unificação do Direito Privado

Os que sustentam haver o Código Civil absorvido toda a matéria mercantil não leram a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Miguel Reale.

De início, ao enunciar as "diretrizes e os princípios fundamentais do futuro Código", o Prof. Reale destaca, em itálico, que ele será a "*lei básica, mas não global*, do Direito Privado"; logo após, ao cuidar da "Estrutura e Espírito do Anteprojeto", afirma:

[3] Ed. Saraiva, 1987, 12ª ed., p. 422/424, nº 166.

"Em primeiro lugar, cabe observar que, ao contrário do que poderia parecer, não nos subordinamos a teses abstratas, visando a elaborar, sob a denominação de "Código Civil", um "Código de Direito Privado", o qual, se possível fora, seria de discutível utilidade e conveniência" e, adiante, assegura: "Não há, pois, falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos", para, afinal, arrematar: "... não nos tentou a veleidade de traçar um 'Código de Direito Privado'".

Se não houve a unificação do direito privado, teria havido, pelo menos, a unificação do direito das obrigações?

C – A Unificação do Direito das Obrigações

Rubens Requião, em conferência proferida em 13 de agosto de 1975 perante a Comissão Especial do Código Civil, na Câmara dos Deputados, em candente crítica ao Anteprojeto, nega, com veemência, que tenha havido o que a citada Exposição de Motivos, em seu item 10, denominou de "unidade do Direito das Obrigações".

Sob o enfático título "O fracasso da unificação", o Prof. Requião explica, com a inconteste autoridade de consagrado mestre de Direito Comercial:

Nossa crítica inicial, por isso, se dirige à estrutura básica do Projeto (...) Muita matéria privatista, com efeito, escapa de seu plano. Consiste a unificação, isto sim, na simples justaposição formal da matéria civil ao lado da matéria comercial, regulada num mesmo diploma. Constitui, repetimos, simples e inexpressiva unificação formal. Isso, na verdade, nada diz de científico e de lógico, pois, na verdade, como se disse na Exposição de Motivos preliminar, o Direito Comercial, como disciplina autônoma, não desaparecerá com a codificação, pois nela apenas se integra formalmente. O artificialismo desse critério criou no Projeto a preocupação de proscrever o adjetivo "comercial" ou "mercantil".

Dirigindo-se ao presidente da Comissão, Deputado Tancredo Neves, pondera:

Senhor Presidente, a unificação dos Códigos já surgiu, entre nós, natimorta. O Projeto em várias oportunidades se descarta da unificação e, mesmo, da codificação, remetendo a regulação de certos institutos para "a lei especial", sem motivos de ordem técnica e regulamentar.[4]

De fato, não houve sequer a unificação do direito das obrigações, porque o Código Civil não regulou típicos e frequentíssimos contratos mercantis, como, apenas para exemplificar, os de representação comercial, alienação fiduciária em garantia, *lease-back*, penhor mercantil, gestão de negócios, operações bancárias, comércio exterior, arrendamento mercantil (*leasing*), faturização (*factoring*), franquia (*franchising*), *know how*, cartão de crédito, enfim, inúmeros contratos de massa, comerciais por excelência, que obrigaram à adoção de uma nova técnica, repudiada pelos civilistas: o contrato de adesão[5].

[4] Dissertação Crítica ao Projeto de Código Civil, *in: Aspectos Modernos de direito Comercial*, Ed. Saraiva, 1988, 2ª ed., 1º vol., p. 207 e 209, nº 2.
[5] Sobre o tema, Orlando Gomes, *Direito Econômico*, de Orlando Gomes e Antunes Varela, Saraiva, 1977, p. 39, nº 12.

D – A Necessidade de um Código Comercial

Sob o fecundo influxo do racionalismo da filosofia iluminista[6], da doutrina econômica do *laisser-faire, laissez-passer*[7], da teoria política da igualdade de todos perante a lei e da defesa intransigente do indivíduo, do fenômeno sociológico da ascensão da burguesia e da perda de poder e prestígio da nobreza e dos cânones da segurança das relações jurídicas, da liberdade de contratar e da garantia do direito de propriedade, os idealizadores do Código Civil francês ou "Código de Napoleão", de 1804, tiveram por escopo criar um corpo de normas que primasse pela perfeição formal e substancial e viesse a formar um conjunto homogêneo, integrado, harmônico e sistemático de preceitos jurídicos em substituição ao direito natural (daí falar-se na "positivação do direito natural"), às primitivas e insuficientes normas costumeiras, às regras de direito canônico de difícil interpretação, ao obscuro direito romano comum[8], ou, como anota Norberto Bobbio, em substituição ao "direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias", autêntico e indisfarçável "direito fenomênico"[9], enfim, consoante Miguel Reale, no lugar de um "cipoal de leis extravagantes."[10]

Hoje, creio, encontramô-nos em idêntica situação, eis que o aplicador do direito amiúde vê-se às voltas com um "direito fenomênico", com um "cipoal de leis extravagantes", com "leis extracodificadas" ou "leis experimentais"[11], que não formam um sistema coerente, nem possuem unidade harmônica.

As leis, medidas provisórias, decretos, regulamentos, resoluções, deliberações, circulares, instruções normativas, pareceres de orientação etc., que assolam o país devido à sua desmesurada multiplicação[12], sobressaem pela (excessiva) quantidade e pecam pela (às vezes, péssima) qualidade, porquanto muitas, na prática, são absolutamente inúteis; outras, motivadas por razões politiqueiras ou editadas para satisfazer determinados grupos de pressão; algumas, contraditórias; um sem número – característica do Estado-Providência – simples catálogos de normas diretivas, normas de orientação, normas programáticas, que constituem o esdrúxulo "direito recomendacional"[13].

---

[6] Leia-se *Iluminismo*, por Bronislaw Baczko, Dicionário Crítico da Revolução Francesa, coordenado por François Furet e Mona Ozouf, Ed. Nova Fronteira, 1988, p. 754 e ss.
[7] Na França, os fisiocratas pregavam a "liberdade para exercer o homem a sua atividade como lhe aprouver, liberdade de conservar o produto do seu trabalho e liberdade, enfim, de plena alienação (...), pois a liberdade gera o bom preço" (Paul Hugon, *História das Doutrinas Econômicas*, Ed. Atlas, 13ª ed., p. 103, § 1º).
[8] "No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outra pelo Direito Estatal." (Miguel Reale, ob. cit., p. 412).
[9] *O positivismo jurídico*, Ed. Ícone, 1995, 1ª ed. p. 65.
[10] *Idem*, p. 414.
[11] Gustavo Tepedino, "leis extracodificadas", "leis excepcionais", in Temas de Direito Civil, Ed. Renovar, 3ª ed., p. 4.
[12] Gustavo Tepedino assevera que, por força "da proliferação das leis especiais", "o Código Civil passaria a ter uma função meramente residual", tornando-se "um direito civil fragmentado por força de "microssistemas" (ob. cit., p. 12).
[13] Sobre o tema, leia-se "Os fundamentos da ordem jurídica", de Simone Goyard-Fabre, Ed. Martins Fontes, 2002, 1ª ed., p. 146 e ss.

Esse vezo, observe-se, não é peculiar apenas ao direito pátrio, mas corriqueiro em muitos países de longa e notável tradição no campo da ciência do direito, como se dá, *v.g.*, na França, consoante doutrina Simone Goyard-Fabre, professora de filosofia na Universidade de Caen e Diretora do *Centre de Philosophie Politique e Juridique* (URA / CNRS): "Nessa profusão de textos torna-se impossível reconhecer as características clássicas de obrigatoriedade e de efetividade que se vinculam à ordem jurídica"[14] e, aduzo, encontrar os predicados de generalidade, impessoalidade e abstração próprios e indispensáveis às regras jurídicas, pondo, destarte, em risco o "princípio da legalidade.

É o que resta patente desta eloquente passagem do capítulo "A encruzilhada do século XX", da excelente monografia *Os fundamentos de direito*:

> As bases do *corpus* jurídico hoje já não se deixam decifrar em termos de racionalidade ou de formalismo lógico, aliás, a esfera do direito (pelo menos na França) não está isenta de contradições patentes ou potenciais. As ab-rogações e as transformações de que é objeto, operando-se uma cadência rápida demais, tornam-se intempestivas: pensemos, por exemplo, no reformismo que gangrena a instituição universitária na qual a reforma das reformas cria um mal-estar endêmico; mas a legislação fiscal, o direito do trabalho, o direito das empresas (...) sofrem dessa mesma febre, sintoma de uma tendência geral à instabilidade.
>
> Assim fica claro que, na profusão galopante dos textos de direito, legislativos ou regulamentares, um reformismo permanente lhes abala a ordem, o sentido e o alcance. O "princípio de legalidade" que, na concepção constitucionalista do direito, era uma das vigas mestras da normatividade jurídica, desaparece diante da preocupação, prática ou tática, de mergulhar as raízes do direito na vivência cotidiana. Decerto não se trata nem de substituir a racionalidade pela irracionalidade, nem de desencadear uma nova disputa, dessa vez entre os "modernos" e os contemporâneos; mas, em todos os níveis, o jurislador, sem ser contra a razão racional, desvia-se de suas vias dedutivas para priorizar uma estratégia "pragmática" em que não há lugar para a generalidade, a impessoalidade e o rigorismo. Vemos multiplicarem-se então os procedimentos ab-rogatórios – por exemplo, a anistia que, hoje em dia na França, ocasiona verdadeiros desvios do processo legislativo – e derrogatórios –, por exemplo, os favorecimentos ensejados pelas "isenções", no direito fiscal contemporâneo –; invocam-se também procedimentos de um tipo novo como a negociação, o consenso, os regulamentos transacionais, os compromissos. (...) Com isso, não se trata de introduzir na compreensão do direito nuanças ou variações de grau; mas de conferir à própria forma do direito uma *diferença de natureza*. Com

[14] Ob. cit., p. 147.

> efeito, esses procedimentos não se inserem num processo aperfeiçoado de lógica subsuntiva; fazem parte de uma ética da discussão *ou da negociação* simbolizada pela imagem, frequentemente utilizada, das "mesas-redondas". Por trás dessas referências e desse símbolo, perfilha-se, mais ou menos bem compreendido, o tema filosófico da "comunicação" que se pretende uma das conquistas do final do século XX.
>
> Seja qual for essa pretensão filosófica, à qual teremos a oportunidade de retornar, lembremos que François Terré, para explicar essas novas formas da juridicidade, propôs o conceito de "leis experimentais". Nesse fenômeno jurídico, evidente, sobretudo, nas sociedades ocidentais avançadas – mas a história anda depressa e esse fenômeno não tardará a se expandir –, manifesta-se um processo de *invasão do direito pelo fato*; os âmbitos da razão jurisladora ficam, dizem, mais flexíveis com o contato com a experiência.[15]

Por isso, um corpo de princípios e normas, orgânico, integrado, sistemático e harmônico, que privilegie tanto a forma quanto o conteúdo, que "positive" o direito vivo, o direito concreto, que componha "em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor estrutural e certo das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social"[16], e seja, ao mesmo tempo, suficientemente flexível para atender às miríades de relações diuturnas no âmbito e em torno da empresa e da atividade economia e que revogue, expressa ou implicitamente, as leis extravagantes, que com ele não se conciliem, é indispensável ao nosso país, sobretudo se se considerar que, após a doutrina tratar da "industrialização do direito comercial", da "generalização do direito comercial" e da "generalização ou mercantilização do direito civil"[17], se faz mister, com urgência e em profundidade, estudar, refletir e debater a "publicização do direito comercial" no propósito de dotar o Brasil de um Código Comercial moderno, que contemple as influências do direito público sobre o direito comercial e as inúmeras e significativas mudanças ocorridas na economia e na sociedade brasileiras nas últimas décadas e que venha a constituir-se em um instrumento de transformação e de progresso.

Para atingir esse *desideratum*, será indispensável, adverte Miguel Reale, "seguir à risca o programa traçado por Scialoja; "O teorético não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se proponha a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: – Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações práticas? Produzirá alguma? E se produz, quais serão as suas consequências?"[18]

---

[15] *Idem*, p. 148 e 149.
[16] Miguel Reale, ob.cit.,p.420, nº 164.
[17] Leia-se Joaquin Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, 7ª ed., tomo, I, p. 31, nº 4, e, também, Gustavo Tepedino, *idem*, p. 2, quando trata, com proficiência, da socialização, publicização, constitucionalização, despatrimonialização do direito privado.
[18] A lição de Miguel Reale diz respeito à codificação na Itália, que serve também para nós (ob. cit., p. 420, nº 164).

E prossegue o notável jusfilósofo pátrio:

> Para invocar senão mais dois exemplos dessa inclinação fundamental que se traduz em uma prevalecente afirmação "normativa", sem olvido do substrato "social" concreto, eis duas significativas afirmações de Vittorio Emmanuele Orlando e de Cesare Vivante: "Na base da abstração jurídica está toda uma série de processos reais, verificados no mundo exterior e em nosso ser interno", afirmou o constitucionalista emérito opondo reservas ao formalismo conceitual de Jellinek. "É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer a fundo na sua realidade", pondera, por sua vez, o comercialista insigne.[19]

II – Sistemática Externa ou Estrutura do Código Comercial

Podemos dividir as legislações do mundo ocidental quanto à disciplina da matéria comercial em quatro grupos:

(a) a do Reino Unido, que não possui Código Comercial, sendo a ordem jurídica constituída por um conjunto de leis (*Statutes*), pelo direito comum (*Common Law*), pelas convenções constitucionais e a prática;

(b) a da Itália, onde a matéria comercial é regulada pelo Código Civil devido à unificação do direito privado em 1942, existindo, todavia, farta legislação sobre sociedades anônimas, falências, títulos de crédito, entre outras;

(c) a da maioria dos países da Europa Ocidental (Portugal, Espanha, França, Alemanha, entre outros) e da América do Sul (Argentina, Uruguai, Chile, entre outros), nos quais há Código Comercial, mas que contam, também, com leis especiais sobre sociedades anônimas, mercado de capitais, falências, títulos e valores mobiliários etc.[20]

(d) a da França, cujo Código de Comércio, dividido em nove livros e estes subdivididos em diversos títulos, cuida, extensamente, "do comércio em geral", "das sociedades comerciais e dos grupos de interesses econômicos", "de algumas formas de venda e cláusulas de exclusividade", "da liberdade de preços e da concorrência", "dos efeitos do comércio e das garantias", "das dificuldades das empresas", "dos Tribunais de Comércio e a organização do comércio"; "de algumas profissões regulamentadas" e, por último, "das disposições relativas aos Departamentos Ultramar".

A meu ver, o novo Código Comercial, consoante ocorreu em 1850, deveria inspirar-se no modelo francês, aperfeiçoando-o, todavia, e o legislador deveria reunir,

[19] *Loc. cit.*
[20] Anote-se que os Estados Unidos da América têm um Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code* – UCC), promulgado em setembro de 1952, que sistematiza a lei de vendas e outras transações comerciais nos cinquenta estados americanos, conforme destaca o ilustre Prof. Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 305).

em um só estatuto, a disciplina do registro do comércio, das obrigações e contratos comerciais e bancários, da propriedade intelectual, das sociedades simples, das sociedades limitadas, das sociedades anônimas, do mercado de capitais, dos títulos de crédito e valores mobiliários, das falências e da recuperação de empresas etc., compilando as leis em vigor sobre essas matérias, atualizando-as, se imprescindível, renumerando os artigos, tal qual fez o Código de Comércio francês, precedidas por uma parte geral, que se inspire, reproduza e sistematize os princípios e normas que compõem o capítulo da Ordem Econômica da Constituição Federal, atentos à primorosa lição de Simone Goyard-Fabre a propósito da codificação das leis:

> O trabalho [de codificação] não deve constituir em "simplificar tudo" nem em "prever tudo"; uma simplificação excessiva, que faça desaparecer, por exemplo, as categorias profissionais, seria nefasta; quanto a "regrar tudo e prever tudo", essa é uma ambição impossível e, além disso, perigosa: pode anular a função do juiz e eliminar o recurso à "razão natural", o que imobilizaria o direito num sistema fechado e lhe impediria qualquer evolução. Seria um erro pensar que pudesse existir um corpo de leis que provesse de antemão a todos os casos possíveis, e que ainda assim estivesse ao alcance de menor cidadão, [aliás], governa-se mal quando se governa demais.[21]

III – Divisão do Direito: Direito Público, Direito Semipúblico e Direito Privado

"Tout devient droit public". (Ripert)[22]

No Brasil, no curso de bacharelado e nos livros de Introdução à Ciência do Direito, Teoria Geral do Direito e Direito Civil, o estudo do direito e de suas divisões (direito objetivo e direito subjetivo, direito público e direito privado) começa por enfatizar a distinção, concebida pelo pragmatismo dos jurisconsultos romanos, entre direito público e direito privado, após, naturalmente, delimitar as relações entre a moral e o direito e as diferenças entre o direito natural e o direito positivo.

A invenção das leis[23] é, porém e por óbvio, muito anterior ao surgimento e desenvolvimento do direito romano[24], eis que a Mesopotâmia, a partir de 2.430 a.C.,

---

[21] Ob. cit., p. 114.
[22] *Le déclin du droit*, *apud* MM. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, Ed. Freitas Bastos, 6ª ed., vol. I, p. 30, nº 6.
[23] Este sumário "reduzidíssimo" foi baseado no capítulo "O homem descobre a semente e inventa o Estado" e, em particular, no item "A invenção das leis" e seguintes da excelente obra *Criatividade* de Domenico de Masi, Ed. Sextante, 2002, p. 86 a 121.
[24] "*Décia BLACKSTONE que las antigüedades de la jurisprudência no parecerán inútiles al hombre que se dé cuenta de que las doutrinas antiguas, son el fundamento de las que hoy están vigentes, y BOUCHARD, insiste em aquella afirmación, asegurando que nadie llegará a ser jamás jurisconsulto, si ignora el origen Del Derecho; si no sabe quiénes fueron los autores y em qué época fue estabelecido.*" (José´de Benito Mampel, Por qué Roma ignoro la separación Del Derecho civil y el mercantil, *in*: *Estúdios de Derecho Mercantil em homenaje a Rodrigo Uría*, Ed. Civitas, 1ª ed., p. 31).

foi pródiga na elaboração de editos e leis, os quais, compilados, no 21º século a.C., na cidade de Ur, formaram um código com 32 artigos; a Babilônia produziu uma legislação ainda mais rica e sofisticada, que legou às gerações futuras o Código de Hamurábi com 282 artigos e, entre outros povos, a Grécia[25], onde surgiram as primeiras constituições: a de Atenas, de índole aristocrática; a de Esparta, com estrutura democrática; em ambas, o Estado soberano e todo-poderoso impondo se ao indivíduo, cumprindo observar que os gregos, apesar de sua notável capacidade de abstração, da doutrina platônica da formulação de categorias e da sistematização do conhecimento, da importância teórica e das consequências práticas da lógica aristotélica e do intenso comércio ateniense, sequer cogitaram da dicotomia do direito.

Os romanos, conscientes da excelência da constituição ateniense, fizeram dela: "um ponto de partida, não de chegada. Por isso, em 462 a.C., foi enviada a Atenas uma comissão de cinco especialistas para estudar as leis, reportá-las a Roma e, com base naquele arquétipo, formular uma legislação mais adequada ao povo latino, e mais avançada"[26], que redundou, dez anos após, nas famosíssimas "12 tábuas de bronze" (a "Lei das Doze Tábuas"), que "codificava o procedimento civil e penal, o direito de família, as sucessões, a propriedade e o direito penal"[27], passando um milênio até surgir, no sexto século d.C., o *Corpus Iuris Civilis*[28], "o modelo jamais superado de sistema jurídico".[29]

Ao tratar da "evolução histórica" da "divisão do direito positivo", Miguel Maria de Serpa Lopes ensina que o "*ius civile* dos romanos consagrava a distinção entre o direito público e o direito privado[30], mas, atente-se, também adverte: "(...) entretanto, nada obstante os lindes assim traçados, as normas dos dois ramos do Direito muitas vezes se interpenetravam".[31]

Após discorrer sobre o tema calcado na autoridade de Bonfante, Serpa Lopes aduz: "(...) ao passo que entre os romanos os dois Direitos eram antitéticos, entre os germanos, ao contrário, a união era perfeita e o Direito abrangia indistintamente todas as relações, fossem ou não distintas"[32], concepção, assinala, que dominou na Idade Média, só se retornando à dicotomia romana com a revolução francesa e a consequente consagração dos ideais de liberdade e igualdade, com a promulgação

[25] Filomusi Guelfi, ao estudar a clássica divisão perfilhada pelos civilistas, observa que "os grandes pensadores gregos não chegaram à compreensão do direito privado, ainda que tivessem diante dos olhos o rico desenvolvimento do direito privado ateniense" (*apud* Eduardo Espínola, ob. e vols. cits., p. 59, nota 1).
[26] Domenico de Masi, ob. cit., p. 120.
[27] *Loc. cit.*
[28] Para Norberto Bobbio, "somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus juris civilis* é, ao contrário, uma coletânea de leis anteriores; mesmo o Digesto (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos 'fragmentos') dos principais jurisconsultos romanos distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das 'interpolações' (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores)." (Ob. cit., p. 64.)
[29] Domenico de Masi, *loc. cit.*
[30] Ob. e vol. cits., p. 25, nº 5.
[31] *Loc. cit.*
[32] *Idem.*

do Código Napoleão (e os princípios, que o orientaram, da autonomia da vontade, do consensualismo, da força obrigatória dos contratos e da eliminação às restrições à livre iniciativa, à liberdade ampla e irrestrita de contratar e ao direito de propriedade).

Porém, como acentua Julliot de la Morandiére:

> Quando triunfavam as ideias liberais, o papel do Estado reduzia-se ao mínimo, afastando-se sua intervenção no domínio econômico. O direito privado tinha um domínio considerável e primordial. Na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí não só a multiplicação dos serviços públicos e dos funcionários, como, consequentemente, a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado.[33]

É, outrossim, o que recorda Serpa Lopes nesta elucidativa passagem de seu notável Curso de Direito Civil:

> Entretanto, com o passar dos tempos, com as transformações econômicas, sobretudo a partir da Guerra de 1914, esse conceito de liberdade individual ficou debilitado e não pode mais sobreviver com a amplitude, pelo menos, da época napoleônica. Já os juristas dos nossos tempos falam do fenômeno da "publicização" do Direito Civil. M. Flour defende o ponto de vista de que, nesta evolução contemporânea do Direito Público sobre o Direito Privado, "não há uma subordinação de natureza, de caráter permanente", senão "*um phénomène nouveau, le droit privé d'aujourd'hui se publicise*".[34]

E, também, o que preleciona o saudoso e inesquecível Prof. Caio Mario da Silva Pereira, meu ilustre examinador no Concurso para Livre Docência em Direito Comercial da Faculdade de Direito da UERJ, juntamente com o emérito Prof. Fran Martins:

> Publicização. A influência absorvente do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se

[33] *Apud*, Eduardo Espínola, ob. e vol. cits., p. 66.
[34] Ob. e vol. cits., p. 29, nº 6.

> a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. O direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico. O direito de propriedade sofre este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem. O contrato, antes expressão maior da autonomia da vontade, sofre interferências a benefício do economicamente inferior. O princípio da responsabilidade civil amplia-se na medida em que avulta o risco criado pelo desenvolvimento dos meios de produção, do maior aparelhamento técnico das indústrias e do aceleramento das vias de transporte. Por toda parte se desenvolve a tendência à instituição de princípios de ordem pública, substituindo as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade humana, permitiam à atividade individual a faculdade de sacrificar ao seus exercícios a órbita pessoal de outros indivíduos.[35]

Em verdade, a bipartição do direito em público e privado tem sido, com apoio em diferentes fundamentos, profligada por autores de escol, que a reputam sem base científica e, anote-se, por oportuno, muito maior é ainda a divergência quanto ao critério delimitativo, definidor das duas categorias, havendo, todavia, certo consenso quanto ao fato notório de que o direito privado encerra muitas matérias de direito público[36] e, outrossim, há quem sustente "que os estudos de direito público podem dispensar quase inteiramente o conhecimento de direito privado" (Planiol) e "que o direito público não é apenas a tutela do direito privado, como disse Bacon, mas também a base sobre a qual o direito privado se desenvolve" [37]. (Filomusi-Guelfi)

Por isso, a partir de meados do século XIX e durante o século XX, a doutrina foi compelida a atentar para as constantes e intermináveis mutações do direito civil e a cunhar as expressões "socialização ou proletarização do direito civil", "comercialização ou mercantilização do direito civil", "publicização do direito civil"[38] e, outrossim, a refletir sobre as transformações do direito mercantil, que

[35] Instituições de Direito Civil, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, 21ª ed., p. 18.
[36] Eduardo Espínola, em nota de rodapé, esclarece: "COSACK (loc. cit.) aponta o art. 87 do Cód. Civil alemão que encerra matéria de direito público. CROME refere-se ao art. 89 que se ocupa das pessoas jurídicas de direito público e aos arts. 407 e 411. SCHEEP escreveu uma monografia sobre o direito público no Cód. Civ. AL. (Das öffentliche Recht im R. G. B., 1899). *Vide* também DERNBURG – Bürgerliches Recht , vol. 1º, pág. 50 e COGLIOLO (loc. cit.). Em sentido inverso afirma DERNBURG (loc. cit.) que o direito público alemão se acha enxertado de elementos de direito privado. O Código Civil, além de diversas disposições de direito público, que foram eliminadas do Projeto Beviláqua, tem os art. 14 e 15, que foram conservados". (ob. e vol. cits., p. 60, nota 7)
[37] *Apud* Eduardo Espínola, ob. e vol. cits., p. 65, nota 14.
[38] A ponderação, sempre arguta, de Gustavo Tepedino a respeito da suposta absorção do direito privado pelo direito público merece séria reflexão. Ei-la: "As respostas de certa maneira poderão servir para que melhor se compreenda o exato significado dos adjetivos que vêm acompanhando, cada vez com maior

culminaram em inúmeras referências sobre a "industrialização do direito comercial" e a "generalização do direito comercial"[39].

Agora, a meu ver, os doutos devem debruçar-se, com igual profundidade e espírito crítico, sobre o fenômeno da "publicização do direito comercial", cientes e conscientes da advertência de Escarra: "*La cuestión de la autonomia del Derecho mercantil toma ahora uma orientación desatendida: no se trata ya de la automia del Derecho mercantil frente al Derecho civil, sino de la posible absorción del Derecho mercantil por el Derecho* público"[40] em decorrência, acrescento, das profundas modificações políticas, econômicas, jurídicas e sociais provocadas, nas últimas décadas, pelo neocapitalismo, em que o direito é um instrumento a serviço da consecução dos fins do Estado.

A propósito do tema, Orlando Gomes pontifica, com percuciência:

> Chegados a esta divisa, não será temerário concluir que esse *economismo* saturado de espírito comercial repercute nas *formas jurídicas*, superando as clássicas distinções morfológicas. *Direito público* e *direito privado* não mais se distinguem pelos critérios orgânico e teleológico. As *técnicas* utilizadas não são mais específicas e uma nova origem econômica desponta nos países de *economia privada*. Assim, não são apenas as formas que estão mudando, mas as próprias estruturas jurídicas e, notadamente, o *espírito* com que se aplicam as velhas regras, influenciado pelo novo sentido da crença na validade das leis sobrevivas à reorganização da sociedade em termos economistas.
>
> O novo modelo jurídico é, realmente, como observa Farjat, a *antítese* do modelo jurídico liberal. Sua expressão dogmática, o *direito econômico*, considera-se autônomo ramo da árvore jurídica ou simples método de encarar e tratar com novo espírito filosófico relações dantes distribuídas por disciplinas de direito privado e de direito público justapostas. Do ponto de vista sociológico, as novas regras orientam o curso da atividade social dos indivíduos, sendo, pois, *válidas* não apenas porque figurem em *leis*.

---

frequência, o direito privado, tido, por inúmeras vozes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos – do direito privado e do direito público –, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?" (ob. cit., p. 2)

[39] "Impondo-se como o instituto que, ao lado do trabalho, exerce hoje função predominante na experiência jurídica, a empresa renovou os quadros do Direito Comercial, emprestou-lhes maior significação no território do direito privado, esvaziou o capítulo civilístico dos direitos reais, amorteceu a contraposição do Direito Comercial ao Direito Civil e concorreu significativamente para a generalização das normas mercantis, determinando, numa palavra, a "virada histórica do Direito Comercial", na observação de ASQUINI. Reconheceu-se, em síntese, que o direito privado deve voltar-se para o trabalho e para a empresa, antes que para a propriedade, o instituto-chave ultrapassado." (Orlando Gomes, *in*: ob. cit., p. 66, nº 3).

[40] *Apud* Aurélio Menéndez Menéndez, *Código de Comercio y reforma de la Legislacion Mercantil*, *in:* La Reforma de la Legislacion Mercantil, Ed. Civitas, 1979, p. 51.

> Estão penetradas, para encerrar, daquele difundido *espírito mercantil* que, no plano dogmático, se transferiu nas *instituições civis*, comercializando o *direito privado*, e, no plano pragmático, conquistou a *vida civil*, orientando a conduta das pessoas na *sociedade de consumo* que prefigurou.
>
> Se a um jurista fiel a seu juramento um voto se consente ao termo desta algaravia, é o de que o *direito econômico* venha a ser, a fim de se dignificar, um meio, um instrumento, uma técnica para ajudar o homem a se libertar da *necessidade*.[41]

Em consequência das imensas repercussões do dirigismo econômico e da intervenção do Estado na vida das pessoas e das empresas[42], o Prof. Antunes Varela foi instado a declarar que "esse novo Estado militante, que faz valer suas prerrogativas" provocou o "estouro das muralhas que separavam o Direito Público do Direito Privado".

A proliferação de regras legais e regulamentares editadas por esse Estado intervencionista, para disciplinar, minuciosa, casuística e, por vezes, tautologicamente, a atividade empresária e a de todos os agentes que gravitam em torno da empresa, redundou no deslocamento do direito comercial do direito privado em direção ao direito público[43] e, outrossim, resultou em sua transformação em direito da economia[44], no direito público, todavia, não se inserindo, nem por ele sendo absorvido, mas ficando em uma posição intermediária entre o direito público e o direito privado, por conseguinte, na categoria de um direito semipúblico com método, espírito e objeto próprios, distintos dos do direito civil e do vetusto direito comercial.

---

[41] Ob. cit., p. 69/70.

[42] Leia-se Joaquin Garrigues, ob. e tomo cits., p. 35, V, que aborda a "manifestação do intervencionismo estatal na sociedade anônima", destacando que o Estado, "impulsionado por fins de política social", estabelece que os *obreros y empleados* participem dos lucros e por meio de seus representantes formem parte do conselho de administração com iguais direitos dos representantes do capital (...), fazendo entrar em crise um postulado clássico do Direito mercantil liberal". A propósito, confira-se também sobre o tema o estudo "Publicização e funcionalização do direito societário" de Rodrigo Costenaro Cavali, *in*: *Revista de Direito Empresarial*, Ed. Juruá, coordenada por Márcia Carla Pereira Ribeiro e Oksandro Gonçalves, nº 3, p. 171 e ss.

[43] "Longe da verdade não estão, pois, quantos afirmam que o direito econômico constitui um desdobramento do direito comercial, o direito dos empresários, o direito da sociedade industrial. Nos países que já o codificaram, o Direito Comercial lhe foi incorporado e o Código Civil, conservado. E ninguém ignora hoje em dia que o direito econômico "desmantelou" o Direito Civil. O ordenamento jurídico da empresa assume, por todas as razões expostas, um relevo que o ergue ao primeiro plano nesse desdobramento, por isso que ele absorve hoje a maior parte da atividade econômica, ultrapassando a velha contraposição entre direito comum e direito especial e superando o antigo enfoque que via na unificação simples inovação sistemática. Não parou aí a expansão da empresa, nem a projeção de sua noção econômica jurídica, deslizou para o direito público; o Estado também é empresário." (Orlando Gomes, ob. cit., p. 68). Ver também Joaquim Garrigues, ob. e tomo cits., p. 36, nº 2.

[44] Não se trata de uma mudança pura e simples de denominação, mas de uma necessidade imperiosa, que retrate uma nova realidade, muitíssimo diferente daquela que deu origem, nas cidades medievais italianas, ao *ius mercatorium*, e que reflita a profunda e radical transformação, no que diz respeito à natureza, conteúdo e finalidades, do vetusto direito mercantil, do secular direito comercial, que, literalmente, significa *cum mercium*, isto é, "aproximar quem produz de quem consome", vale dizer, interpor-se entre produtores e consumidores, daí muitos consideram a atividade comercial como parasitária, pois não acrescentaria valor algum à coisa objeto da venda.

Destarte, é urgente e imprescindível a criação de um código que (a) retrate e abarque essa realidade, responda e atenda aos reclamos e anseios e necessidades de uma sociedade do conhecimento, da tecnologia da inovação, da informática etc., e (b) seja um meio adequado e eficaz para mediar as relações entre produtores de bens e serviços, comerciantes e consumidores e, sobretudo, (c) venha a constituir-se em um conjunto sistemático e harmônico de princípios[45] e normas capaz de ordenar o mundo dos negócios resultante das irreversíveis mutações políticas, econômicas, jurídicas e sociais vividas pelo país desde 1850, data da promulgação do revogado Código Comercial, como se irá expor.

IV – Evolução Histórica do Direito Comercial[46]

A – A Opinião dos Doutos

Eminentes mestres do direito comercial, nacionais e estrangeiros, de ontem e de hoje, a quem devoto profundo respeito e merecida admiração, dividem a história do direito comercial em Antiguidade[47], Idade Média e Idade Moderna.

De minha parte, divido-a em Era das Corporações dos Comerciantes, Era da Codificação das Leis e Era da Publicização do Direito Comercial.

B – Era das Corporações dos Comerciantes: da Idade Média à Revolução Francesa

Com a queda do Império Romano, sob o influxo das ideias do cristianismo e do florescimento de mercados e feiras de produtos, surgiram as corporações de classes, e, nas corporações, formou-se o direito comercial a partir dos usos e costumes e dos estatutos, decorrentes (a) das decisões dos pretores, sob a inspiração da equidade, (b) das opiniões dos comerciantes idosos e (c) das assembleias gerais dos comerciantes.

O direito comercial, então chamado subjetivista, porque fundado na figura do comerciante, era de âmbito local, corporativo, profissional, especial e autônomo em relação ao direito civil, e, frise-se, tinha como característica básica a liberdade individual.

A partir da metade do século XV, com o mercantilismo como doutrina econômica e o absolutismo monárquico como doutrina política, o poder central toma o lugar dos feudos e passa a compilar o direito comercial, constituído pelos estatutos das corporações e pelos usos e costumes do comércio, sob a forma de ordenanças.

---

[45] Sobre o tema, leia-se Fábio Ulhoa Coelho, *Princípios do Direito Comercial*, Ed. Saravia, 2012, 1ª ed., p. 26 e ss.
[46] Sobre o tema, leia-se Cássico Cavali, *Direito Comercial*, passado, presente e futuro, Ed. Elsevier, 2012; Paula A. Forgioni, A Evolução do Direito Comercial Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada.
[47] A propósito da inexistência do direito comercial em Roma, leia-se *Por quê Roma ignoró la separación del Derecho Civil y el mercantil,* de José de Benito Mampel, in Estudios de Derecho Mercantil em homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 32.

São inúmeras as ordenanças na França de Luiz XIV e seu poderoso ministro Colbert; na Espanha, no reinado dos reis católicos Fernando e Isabel; na Itália, Portugal, Alemanha e demais nações, pois nessa fase surge a ideia de nação como organismo econômico e vetora de políticas nacionais e não mais locais ou regionais, permanecendo, todavia, como princípio fundamental do ordenamento jurídico a liberdade individual do comerciante.

C – Era da Codificação das Leis: da Revolução Francesa ao Neoliberalismo[48]

A Era da Codificação das Leis tem início com a Revolução Francesa[49], a extinção dos privilégios de classes, a proibição do funcionamento das corporações e a promulgação do Código Comercial francês de 1807 de caráter objetivista, quando o direito comercial deixa de ser o direito dos comerciantes e passa a ser direito dos atos de comércio, sendo certo que, se, na Era das Corporações dos Comerciantes, houve a compilação, a consolidação do direito comercial das corporações, na Era da Codificação das Leis deu-se a sistematização dos usos e costumes, dos estatutos e das ordenanças, sob a inspiração do liberalismo como doutrina econômica e dos princípios fundamentais de liberdade e igualdade da Revolução Francesa como doutrina política, que redundaram, no campo jurídico, nos dogmas da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos, subsistindo a liberdade individual do comerciante como mola propulsora da atividade mercantil.

Ocorre, todavia, que, com o tempo, houve a "mercantilização do direito civil"; a "generalização do direito comercial"; a intervenção do Estado no domínio econômico; o fim da Guerra Fria e a decepção com as ideologias socialistas; o aparecimento de novas potências no cenário mundial; a aceleração da globalização e a "internacionalização dos interesses dos grupos transnacionais, aliás, cada vez mais difusos, não mais se concentrando em setores estratégicos e de alta tecnologia, mas estendendo-se a outros setores como alimentação, vestuário e entretenimento"; a "mundialização das marcas"; a vertiginosa, incessante e irrefreável "transferências de capital e de conhecimento"; "a democratização da informação"; "a aceleração do processo histórico", enfim, "tudo o que gira em torno de uma nova etapa do Capitalismo na primeira metade do século XXI, que Manuel Castells chamou de "Capitalismo Informacional"[50], impõe uma nova visão, uma nova leitura, um novo enfoque, um novo paradigma e exige profunda pesquisa e alentado estudo do que denomino de "publicização do direito comercial", a partir da "teoria do direito social" de Léon Duguit.

Simone Goyard-Fabre sintetiza, de forma brilhante, no primoroso livro *Os fundamentos da ordem jurídica*, a lição de Duguit: "Com essa rejeição das 'doutrinas

[48] Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Forente, 4ª ed.
[49] A propósito da "influência deste período histórico e dos valores do liberalismo nas relações contratuais", Gustavo Tepedino recomenda a leitura de N. Irti, *L`età della decodificazione*, Milão, Giuffrè, 1976, p. 9, e sobre "o ambiente cultural, político e filosófico que antecedeu o Código Napoleão", G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XIX*, Genova, ECIG (ob. cit., p. 3, nota 1).
[50] *Cf.* Heródoto Barbeiro, introdução à edição brasileira do livro *O Relatório da Cia*, Ediouro, 1ª ed., p. 11 a 35.

democráticas', que, desde a *Constituição* de 1791, inspiram o direito político moderno, Duguit não pretende retornar às teorias teocráticas", também elas "metafísicas", portanto "anticientíficas": é indubitável que "há um fundamento puramente humano da regra jurídica". Mas o grande erro dos teóricos do direito moderno reside, diz ele, no individualismo liberal que converteram em seu axioma de base: trata-se de uma afirmação *a priori*, pois "o homem natural, isolado, que nasce livre e independente dos outros homens e com direitos e constituídos por essa liberdade [...] é uma abstração sem realidade [...] O homem nasce membro de uma coletividade; sempre viveu em sociedade e só pode viver em sociedade". Portanto, se "o ponto inicial de toda doutrina sobre o fundamento do direito deve ser o homem natural, este não é "o ser isolado e livre das filosofias do século XVII: é o indivíduo considerado em seus vínculos da solidariedade social".

Assim, o Estado é "o produto de uma evolução social". "O que se deve portanto afirmar não é que os homens nascem livres e com direitos iguais, mas que nascem membros de uma coletividade e por isso submetidos a todas as obrigações que a manutenção e o desenvolvimento da vida coletiva implicam."

A doutrina que Duguit elabora, influenciado pela sociologia de A. Comte e de E. Durkheim, "funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem", aliás, denomina-a *teoria do direito social*. Explica que, sob a influência conjunta dos sentimentos de socialidade e de justiça, o homem tem consciência de que uma regra é essencial para a manutenção da *solidariedade social* e que "é justo sancioná-la". A lei social é, portanto, uma primeira e irrefutável verdade. Em consequência, são as "*normas sociais*, isto é, os hábitos gravados na vida do grupo, que se transformam em *normas jurídicas*. As regras "normativas" da comunidade possuem um caráter de espontaneidade e cabe ao Estado, pura e simplesmente, integrá-las num ordenamento de conjunto que lhes confira suficiente tecnicidade para que se tornem aplicáveis e as garanta contra os riscos, sempre possíveis, da instabilidade social, por um sistema de coação e de sanção: assim, de "normativas" elas se tornam "construtivas" e asseguram a "realização da norma".

Nesse esquema, Duguit insiste no fato de que o caráter "construído" da regra jurídica não reflete o voluntarismo ou o decisionismo do poder do Estado; é antes o aval com que os poderes públicos consagram um estado de fato ou, simplesmente, um "fato social". As regras "construtivas" do direito extraem sua dimensão prescritiva e obrigatória tão somente da forma espontânea das regras "normativas" do grupo social. Portanto, não há "separação absoluta", "muro intransponível", como se tende a pensar, entre o direito público e o direito privado. Isso só teria sentido se o Estado *criasse* o direito; ora, o fundamento do direito é o *fato* da solidariedade espontânea do grupo. Portanto, no fundo há penas uma única regra de direito e sempre a mesma; *cooperar para a solidariedade social*."[51]

[51] Simone Goyard-Fabre, ob. cit., p. 154/155.

D – Era da Publicização do Direito Comercial: de 1938 aos Nossos Dias

Em 1938, às vésperas da 2ª Grande Guerra, surge o neoliberalismo, cujos fundamentos científicos foram expostos, em 1946, por Jacques Rueft, no livro "*L'orde social*", doutrina econômica que provocou, e continua a provocar até hoje, sobretudo nos países emergentes, profundas mudanças na forma de encarar, reagir e disciplinar os fatos, situações e fenômenos que se multiplicam no mundo atual e, "a partir de 1970, o capitalismo informacional, que se consolidou na primeira década do século XXI" [52], com profundo impacto em todos os setores da atividade humana, em especial no campo do direito, quando o interesse particular, privado, egoístico do homem, que prevaleceu durante o liberalismo, cede lugar e espaço ao interesse social, ao interesse coletivo, ao interesse público, na linha da doutrina de Léon Duguit, que "funda o direito no caráter social e nas obrigações sociais do homem", consoante a sua "teoria do direito social".

Essa nova Era é marcada pela intervenção contínua, crescente e ininterrupta do Estado no domínio econômico, pela universalização do conhecimento, da tecnologia e da informação, pela mundialização de marcas, produtos e serviços em um mundo sem fronteiras e pela função social do direito.

Esses novos fatos, que geraram novos institutos, reclamam uma nova disciplina jurídica, radicalmente diferente da que tínhamos na Era das Corporações dos Comerciantes e na Era da Codificação das Leis, em que era plena, completa, total a liberdade de contratar e soberanos os princípios da autonomia da vontade, do consensualismo e da força obrigatória dos contratos.

Nesta nova Era, na área política, o Estado passa a tutelar o indivíduo e a dirigir a economia; na área econômica, a liberdade de contratar foi substituída pela forte presença do Estado, inclusive como empresário; na área jurídica, deu-se a superação do individualismo, que floresceu no mercantilismo, agigantou-se no liberalismo e, no neoliberalismo e no "capitalismo informacional", deu lugar à ordem social do Estado, pois o indivíduo deixa de ser um fim e se transforma em ser social e os direitos privados passam a ter uma função social, daí a função social da propriedade privada e a função social da empresa, tudo desaguando no que se denominou "a ordem pública da economia", e, em consequência, na limitação da liberdade individual.

Esta é a Era em que vivemos e, para bem entendê-la, é mister invocar a doutrina de Thomas Samuel Kuhn, Prof. de Harvard e filósofo da ciência, que, após longa e exaustiva pesquisa, demonstrou que a ciência, qualquer ciência, portanto as ciências culturais, como o Direito, não evoluem através de lentos e contínuos aperfeiçoamentos e correções de erros, mas através de revoluções, representadas por mudanças de paradigmas, de mudanças dos elementos essenciais da ciência em um determinado momento, em virtude de o paradigma anterior, até então aceito

[52] Heródoto Barbeiro, ob. cit., p. 25.

e aclamado[53], não atender mais às necessidades e aos reclamos da sociedade, da política e da economia.

À vista desses fatos e fenômenos, o paradigma do direito comercial foi profundamente alterado e fez surgir um direito comercial absolutamente diferente do direito comercial conhecido e estudado ao longo de mais de mil anos, eis que, como demonstrado: (a) o direito comercial, para muitos, foi absorvido pelo direito público; (b) para outros, tornou-se um direito semipúblico; (c) "na hora atual, as concepções sociais tendem a alargar o império do Estado: intervém por toda parte, implantando a justiça social, resultando daí a extensão do domínio do direito público em detrimento do direito privado" (Julliot de la Morandiére); (d) "o direito privado hoje se publiciza" (M. Flour); (e) enfim, "no propósito de garantir e proteger o bem estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normação social em atenção ao bem do homem, "surge" a tendência à publicização da norma jurídica" (Caio Mário), "senão a possível absorção do direito mercantil pelo direito público" (Escarra), eis que o "direito público e direito privado não mais se distinguem pelos critérios orgânicos e teleológico" (Orlando Gomes), fazendo, destarte, desmoronar o "muro intransponível" que os separava (Duguit).

Por força das especialíssimas características desta nova Era, em que:

(a) o direito é subordinado aos imperativos da economia;

(b) a lei comercial deixa de fundar-se na ideia de justiça e passa a ser considerada por sua eficácia técnica, sem prejuízo dos princípios da certeza e segurança jurídicas[54];

(c) a regra de direito deixa de ser abstrata e geral e passa a ter uma função meramente instrumental e a visar a um fim determinado de caráter político, econômico ou social;

(d) há a primazia do dirigismo contratual com base no direito da economia e não nas tradicionais regras do direito privado;

(e) a tradição deve ceder lugar ao progresso e a estabilidade, à mudança;

(f) a propriedade tornou-se uma "concha vazia" no dizer Karl Renner,

(g) a dogmática do direito envelheceu e se desacreditou, eis que o mundo não parou no século XIX, apesar da tradição romana ter sido renovada pela ciência alemã há

[53] O direito comercial sempre foi considerado um "direito corporativo", um "direito profissional", um "direito de classe", situação, a meu ver, *d.v.*, incompatível com os dias atuais. A respeito do direito comercial como "direito profissional", Messineo deixou patente, fazendo eco da opinião pacífica da doutrina universal: "A razão essencial da conservação reside na circunstância de não se ter abolido (e não se poderia fazê-lo) o caráter peculiar do direito comercial, que é ser um direito de categoria, isto é, um direito profissional. Só abstraindo da profissionalidade do exercício da atividade econômica, faltaria a relevância jurídica. Além disso, segundo o art. 2.195, do Código Civil, a atividade comercial e a empresa comercial constituem um centro lógico, em torno do qual se coordenam todas as normas que, direta ou indiretamente, se referem à atividade comercial e industrial", apud Eduardo Espínola, ob. e vol. cits., p. 68, nota 23.

[54] A respeito dos princípios da certeza, segurança e justiça, leia-se Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Ed. A. amado, 1979, 6ª ed., p. 159, § 9º.

mais de cem anos, sou de opinião que, ao realizar uma revisão da legislação comercial em vigor, apenas e tão somente reunindo algumas matérias em um código, ao invés de empreender uma profunda e radical reforma, inspirada em novos paradigmas, o Projeto de Código Comercial, em discussão na Câmara dos Deputados, não atende, *datissima maxima venia*, às necessidades e aos anseios da sociedade brasileira, o que obriga os operadores do direito, em especial os dedicados ao direito comercial, a lutar por mudanças inovadoras de forma e de fundo no Projeto, compatíveis com o fato incontestável de que estamos vivendo a "Era da Publicização do Direito Comercial".