

## Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002 grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial

**Luiz Antonio Guerra da Silva**

Professor de Direito Comercial, Econômico e Processo Civil da Faculdade de Direito do Distrito Federal, do UNICEUB, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito do UNIEURO, Professor de Direito Comercial e Processo Civil da Escola Superior da Advocacia/DF, Doutor em Direito, Mestre em Negociação Internacional e Integração Membro da Confederação Interamericana de Advogados

Com a chegada do novo Código Civil, antes mesmo de adentrarmos no estudo do Direito Comercial e Empresarial, fundamental que se explique e justifique o por quê da indevida inserção de parte da matéria mercantil no Código Civil/2002, como sói ocorreu, infelizmente, com a Teoria Geral dos Títulos de Crédito (Direito Cambiário) e o Direito Societário (Direito da Empresa) e outros institutos afins, a exemplo da escrituração mercantil, estabelecimento comercial (fundo de comércio/empresa), proteção ao nome empresarial etc.

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

A unificação das obrigações e a recepção de parte da matéria mercantil no Código Civil decorreu da postura política do legislador brasileiro de copiar o modelo do Código Civil italiano, de 1942.

A questão da unificação é assunto de longa data, cujos registros já apontam século e meio (148 anos) de antiga discussão acadêmico-

científica. Agora, finalmente, após 26 anos de tramitação no Congresso Nacional, o povo brasileiro ganhou um novo Código Civil, mesclado de matéria civil e mercantil --- decorrência da unificação das obrigações.

O modelo posto no novo Código Civil brasileiro, com a devida venia ao trabalho desenvolvido pela Comissão dos notáveis, especificamente na matéria mercantil, é cópia do Código Civil italiano. Pior, a cópia, como regra, restou produzida sem fidelidade. O Código Civil italiano, de 1942, apenas unificou as obrigações. O Código Civil brasileiro, de 2002, diferentemente, além de unificar, avançou e fez incorporar na legislação civil vários institutos de Direito Comercial, com o que não concordamos, neste particular.

Importante --- para pleno conhecimento da dinâmica do estudo da unificação das obrigações --- compreender que o legislador brasileiro, por razões variadas, copiou, embora com diferenças estruturais, daí a não fidelidade, o modelo do Código Civil italiano, inserindo, a nosso juízo, indevidamente, a matéria dos Títulos de Crédito e do Direito da Empresa e demais institutos mercantis conexos no Código Civil, representando, assim, ao invés de um avanço, verdadeiro prejuízo ao Direito Empresarial, melhor e atual denominação do velho Direito Comercial, como explicaremos a seguir.

Sobre a unificação das obrigações, quem primeiro cuidou do assunto foi o grande brasileiro, civilista e romanista – Augusto Teixeira de Freitas, em 1855. Teixeira de Freitas, embora pouco valorizado pelos brasileiros, cuja obra é pouco divulgada e conhecida, em realidade, fez escola por toda a América e Europa, no século XIX.

Em 1855, Teixeira de Freitas, recebeu a incumbência, por ordem do Governo Imperial, de sistematizar os preceitos civis visando à elaboração da Consolidação das Leis Civis e o Projeto do Código Civil, conforme previsto na Constituição de 1824. O trabalho de Teixeira de Freitas continha sete volumes e foi denominado de o “Esboço de Freitas”.

Porém, em 1867, Freitas mudou de idéia e passou a lutar pela criação de um Código Geral, Civil e Comercial. Á época, tal proposta era tida como revolucionária e foi rejeitada pelo Governo Imperial, a exemplo do que ocorreu com o Projeto do Código Civil. Podemos afirmar, sem medo de errar, que Augusto Teixeira de Freitas foi um dos maiores civilistas do século XIX.

Embora recusada a proposta de Freitas --- de unificação das obrigações civis e mercantis --- suas idéias ganharam adeptos além fronteiras, influenciando legislações na América do Sul, marcadamente o Códigos Civil argentino e paraguaio, como bem aponta o Professor Rabinovich-Berkman, da Universidad del Museo Social Argentino:

Na Argentina, Dalmacio Velez Sarsfield, que estava preparando nesse tempo o Código Civil, descobriu os trabalhos de Freitas e os valorizou como nenhum outro então. Eles mantiveram uma breve correspondência, mas nunca se conheceram pessoalmente. O Esboço teve uma enorme influência sobre Velez, que não somente tomou dele a metodologia de organização do Código, mas também muitos artigos, notas e soluções, algumas delas muito inovadoras, como a atinente à "pessoa por nascer". Além disso, foi graças a Freitas que Velez conheceu a obra de Savigny, que tanto afetaria a sua. Pode-se dizer, sem dúvida, que grande parte do valor que com merecimento se reconhece ao Código de Velez deve-se à contribuição de Freitas, também é de toda justiça ter presente que o jurista argentino não ficou livre de problemas por ter seguido o seu colega brasileiro: alguns, como Alberdi mesmo, aproveitaram a relação entre os dois jurisconsultos para acusar a Velez de ter caído sob o "imperialismo brasileiro" (lembre-se do contexto da Guerra do Paraguai, então em curso, e na qual a intervenção argentina era muito discutida no país). Outros (e Alberdi também) fizeram notar a relativa obscuridade de Freitas frente a outros juristas europeus de mais fama e renome, principalmente os da França. Mas Velez seguiu impassível, e sempre defendeu ao brasileiro e seus méritos científicos. Poucas vezes foi tão certo o refrão "ninguém é profeta na sua terra", como no caso de Freitas. Deixado de lado e esquecido no Brasil por décadas, tanto pelos juristas como pelo povo em geral, ele foi o grande inspirador do Código Civil argentino, pouco depois adotado integralmente também pelo Paraguai. O grande historiador do Direito e romanista Silvio Meira dedicou-lhe uma magnífica biografia: Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império (Rio de Janeiro, 1983). E tanto o foi, que alguns dizem que justamente o seu vínculo, político e ideológico, com o governo imperial, foi o responsável do olvido posterior, que não teria sido (ao menos no começo) casual.(1)

Rejeitadas as idéias de Freitas, o Código Civil brasileiro, de 1917, de autoria de Clóvis Bevilacqua, abandonou, definitivamente, a proposta de unificação, mantendo-se autonomamente as obrigações civis e mercantis.

Embora sofrendo críticas, as idéias de Freitas também chegaram à Europa, influenciando as legislações suíça e italiana.

Após 26 anos das idéias expostas por Teixeira de Freitas, o Código Suíço, de 1881, unificou as obrigações civis e mercantis, cuja unificação não mereceu ostensiva polêmica, provavelmente dada a característica de neutralidade do povo suíço.

Foi na Itália, na voz do grande comercialista, Cesare Vivante, defensor da unificação das obrigações, que a matéria suscitou discussão, cuja polêmica no direito europeu ainda hoje é marcada por posições divergentes entre civilistas e comercialistas.

Porém, como já dito, e agora afirmado por Adamastor Lima, "O primeiro fundador do movimento de unificação foi o grandíssimo civilista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS, que precedeu de muitos anos a VIVANTE, como salientou Túlio Ascarelli."<sup>(2)</sup>

Em 1892, exatos 37 anos após as idéias de Teixeira de Freitas, Vivante, em sua comentada aula inaugural, no Curso de Direito, na Escola de Bolonha,<sup>(3)</sup> aproveitando-se da experiência da unificação das obrigações no Código Suíço, de 1881 (26 anos após Freitas), manifestou-se, de forma veemente, na defesa da unificação do direito privado. Citado por João Eunápio Borges, afirmava Vivante:

A autonomia do direito comercial, que surgiu espontânea quando o comércio era exercitado exclusivamente por comerciantes inscritos em corporações, constitui verdadeiro anacronismo numa época em que todos, ou profissional ou isoladamente, podem praticar atos de comércio.<sup>(4)</sup>

Vivante criticava a autonomia das obrigações. Dentre outras, as críticas residiam no argumento de que o Direito Comercial é direito de classe, dos privilegiados comerciantes e somente a eles se aplica; que a divisão é inconveniente e nociva ao exercício da justiça em decorrência da especialização das matérias; a faculdade dada aos juízes de dizer se o ato é civil ou mercantil, quando a lei não indicar, é perigosa (os atos de comércio nem sempre estão indicados na lei); a coexistência de dois códigos causa dificuldades, quando ambos cuidam do mesmo instituto; e a divisão do direito privado é ruim ao processo científico, eis que se

perde a visão geral das obrigações --- que pertence ao direito civil.

As idéias de Vivante ganharam espaço em toda a Europa, surgindo defensores e fervorosos opositores, inclusive dentro da Itália, cuja maioria foi contrária à unificação.

Dentre os opositores, Alfredo Rocco foi quem mais defendeu a posição autonomista das obrigações. Alfredo Rocco foi o maior opositor às idéias de Vivante.

Rocco, advogando a tese da autonomia, afirmava, dentre outros argumentos que: a autonomia é essencial --- o comerciante é a classe economicamente mais forte e de influência político-ideológica, formadora de opinião, sendo que tal fato não merece qualquer discriminação em relação às obrigações; é classe melhor organizada e é natural que defenda os seus interesses; a unificação somente seria possível se se verificar que a vida econômica atingiu um grau tal e que todas as relações passaram a ter natureza econômica.

Dizia Rocco, sendo verdadeiras as idéias de Vivante, o Direito Civil estaria, então, prejudicado, porquanto reclamaria: a). maior simplicidade das formas na manifestação da vontade; e b). maior eficácia da tutela do crédito. Como o Direito Comercial desenvolveu-se porque o Direito Civil não foi capaz de satisfazer tais exigências, resta evidente a necessidade da autonomia das obrigações.

Nesta linha de divergência, dizia, ainda, que prevalecendo a socialização e estadualização dos meios de produção, nos segmentos econômicos diversos, chegar-se-á, então, ao momento em que não só o Direito Comercial e o Direito Civil, mas todos os demais ramos da Ciência Jurídica serão absorvidos pelo Direito Administrativo, em que o Estado tornar-se-ia o principal agente econômico. Neste diapasão, de fato, não tem sustentação a unificação das obrigações.

O que não se esperava é que após interminável discussão, Cesare Vivante, viesse a público, de forma vexatória, porém com muita humildade, em 1919, 27 anos após a magistral aula na Universidade de Bolonha, afirmar ser impossível a unificação das obrigações e que estava convencido da necessidade da autonomia do Direito Civil e do Direito Comercial.

Em 1919, Cesare Vivante foi nomeado pelo governo italiano a presidir a Comissão de Reforma do Código Comercial. O Projeto Vivante, que poderia por em prática as idéias de unificação, restou inviabilizado.

Vivante repudiou a sua própria posição unificadora, afirmou que:

Antes de iniciar a obra, a comissão não deixou de examinar a oportunidade de fundir, em um código único, o civil e o comercial. Mas o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso ... a diferente velocidade com que se elabora o conteúdo destes dois códigos provavelmente oporá sempre um grande obstáculo à unificação.(5)

Em 1952, na mesma linha de pensamento, Vivante, em artigo publicado na **Rivista del Diritto Commerciale**, afirmou publicamente sua conversão à autonomia do Direito Comercial e do Civil, deixando perplexo o mundo jurídico, quando disse, em citação de João Eunápio Borges:

A diferença de método nas codificações civis e mercantis, a disciplina dos títulos de crédito, os negócios celebrados em massa e sobretudo a índole cosmopolita do comércio e do direito comercial, convenceram-me da inconveniência da unificação que acarretaria "grave prejuízo ao progresso do direito comercial.(6)

Embora Vivante tenha recuado, na Itália o clima era propício a experimentar a unificação dado o crescente movimento unificador. Assim, em 1942, após duas outras tentativas frustradas, finalmente a Itália consagrou a unificação das obrigações civis e mercantis. Com a unificação, a matéria comercial foi distribuída entre o livro das Obrigações e do Trabalho; sendo que a falência tem previsão em lei especial e o Direito Marítimo no Código de Navegação. Até hoje a questão suscita controvérsia.

Atualmente, após a experiência de 60 anos, a Itália busca reformar o Código Civil para adotar a posição da autonomia do direito comercial e do direito civil, reconhecendo que a unificação não foi bem sucedida.

A discussão da unificação é secular. A polêmica reside, a nosso juízo, na questão de fundo que, de fato, foi mal abordada. Há confusão na origem do problema. Em realidade, o que derivou toda a discussão foi a comercialização ou empresarialidade do direito civil em decorrência do crescimento do direito comercial nas relações comuns. Justifica-se a pujança dada a velocidade com que os negócios mercantis passaram a ser realizados, sem as amarras e formas exigidas pelo direito civil.

Nos dias que correm, importante não é saber se as obrigações civis ou mercantis devem ser unificadas ou se o direito comercial deve ganhar foros de autonomia, tudo isto é secundário. Verdadeiramente, a preocupação deve residir nos aspectos macro-jurídicos, de modo a buscar a reformulação dos institutos ou ramos do direito, em particular do Direito Comercial.

Dentro desta nova e atual perspectiva, principalmente a partir do pós-guerra, no século passado, em que as economias dos principais países europeus e dos Estados Unidos ganharam projeções além fronteiras, solidificando o fenômeno da abertura econômica e globalização, deve-se indagar o que se entende pelo novo Direito Comercial e qual o seu objeto de estudo e os limites de sua atuação, para que se compreenda a dinâmica das relações mercantis e a empresarialidade das relações civis.

Há, naturalmente, com a pujança econômica a conseqüente valorização do Direito Comercial. Os demais ramos, acabaram sofrendo perdas, como sói ocorreu com o clássico Direito Civil, cujas amarras apresentam-se incompatíveis com a economia atual. Hoje, como sempre, a disputa da valorização dos ramos da Ciência Jurídica permeia, também, a conquista de poder entre os seus militantes, daí a guerra fria travada entre os respectivos adeptos, estudiosos e profissionais.

O que aqui foi exposto, demonstra, em paralelo, as idéias do ilustre Professor da Universidade de Bruxelas, citado por João Eunápio Borges:

Tem razão Jean Van Ryn quando compara o direito comercial de hoje com a Polônia constantemente ameaçada pelos vizinhos poderosos que desejavam partilhar entre si o seu território. É ele uma disciplina ameaçada simultaneamente pelo direito civil e pelo direito administrativo, pelo direito processual etc, que o desmembrariam completamente, ficando-lhe, como compensação, a vitória de infundir em seus conquistadores o espírito das instituições mercantis que hoje domina todo o setor econômico da vida civil. E o problema de sua natureza e de sua autonomia, continua o professor de Bruxelas, avulta de importância num momento em que é todo o direito, público ou privado, que se encontra em plena metamorfose. Os ataques sofridos pelo direito comercial se explicam pela vetustez das noções fundamentais sobre o que foi edificado. Daí a necessidade de ser revisto e mesmo reconstruído desde as fundações, incumbindo ao

comercialista, como tarefa inicial, a de propor o plano para os alicerces da nova construção. E o próprio nome tradicional deveria ser abandonado, pois que êle deixou de corresponder, há muito, ao conteúdo, do direito comercial, considerando Van Ryn paradoxal que a palavra comércio não tenha o mesmo sentido para os economistas e para o juristas. (...). E assim, mudando-lhe o nome, a extensão e os limites, Van Ryn conclui no sentido de que as transformações do mundo econômico moderno não implicam de modo algum nem o desaparecimento nem o declínio do direito comercial, cujo domínio passa a abranger tôdas as atividades econômicas no mais ampla sentido. Não se falará mais em ato de comércio e em comerciante, noções tradicionais ultrapassadas, mas em empresas econômicas e em instituição comercial. Compreendendo êle por instituições comerciais, segundo a terminologia de Hauriou, tôdas as combinações criadas pela prática dos negócios e que se transformaram em instrumentos em mecanismos de aperfeiçoados e indispensáveis à vida econômica: instituições-coisas (títulos de crédito) e instituições-incorporadas (sociedade anônima, fundo de comércio, massa falida).(7)

Eunápio Borges concluiu que

Com a amplitude que lhe dá o professor belga, o direito comercial, em vez de ter o seu território invadido e desmembrado, no ímpeto final de seu imperialismo avassalador, tomaria ao direito civil o insignificante setor econômico que ainda lhe resta.(8)

Não se olvide que o Direito Comercial lastrea-se nos princípios da celeridade, simplicidade e ausência de formas, os quais são incompatíveis com o direito civil.

A questão que merece apreciação e não foi apreciada é a internacionalização do Direito Comercial. Dada a característica internacional do direito comercial, mormente a partir da globalização e formação de blocos econômicos, com múltiplas e novas relações jurídicas, fundamental que o legislador deixe o Direito Comercial livre e independente das amarras do Direito Civil, daí se concluir que a unificação das obrigações é prejudicial ao Direito Empresarial, assim como o seu engessamento no Código Civil/2002.

Com a nova dimensão dada ao Direito Comercial, o legislador brasileiro, embora não acatando as idéias de Jean Ryn, acabou unificando as obrigações civis e mercantis, no novo Código Civil, copiando o modelo italiano. Aliás, a Itália, hoje, encontra-se em processo de alteração do Código Civil, para retornar à autonomia das obrigações.

Com a unificação, substitui-se a clássica teoria do ato de comércio, do direito francês, pela teoria da empresa, do direito italiano, o que mereceu a inserção do Direito da Empresa e a Teoria Geral dos Títulos de Crédito no Código Civil.

Agora, dada a adoção da Teoria da Empresa pelo ordenamento nacional, a nosso juízo, indubitado que doravante o Direito Comercial deverá ser denominado de Direito Empresarial, porquanto na atualidade o direito comercial não mais estará voltado ao comerciante que praticava atos de comércio, mas sim ao empresário individual ou a sociedade empresária --- responsáveis socialmente por sua atuação na empresa, cujo conceito é a atividade economicamente organizada.

O Direito Empresarial, na sua concepção maior, abrangerá toda a atividade econômica, quer na formação da empresa e seu correspondente direito societário, quer na criação e circulação de riqueza com os títulos de crédito e seu respectivo direito cambiário, quer na unificação das obrigações e celebração de contratos, bem assim nas dificuldades econômico-financeiras e quebra das sociedades e seu direito falimentar, ou, ainda, na propriedade industrial, com as marcas, patentes e desenhos, no transporte de bens ou pessoas, com o direito da navegação marítima e aérea, além dos valores mobiliários, com o mercado financeiro e de capitais, bolsa de valores e futuros etc.

Há quem pense que o Direito Empresarial tem o seu objeto limitado ao empresário e a atividade economicamente organizada por ele desenvolvida, estritamente na linha de conceituação da empresa, no artigo 966 do CC/2002, com o que discordamos. Pensamos que o Direito Empresarial, hoje, dadas as profundas transformações econômicas englobou e ampliou o objeto do direito comercial, sendo, atualmente, mais amplo. A visão contemporânea, em claro prestígio à Teoria da Empresa, faz concluir que o Direito Empresarial passou a alcançar, direta ou indiretamente, todas as instituições comerciais.

A inclusão de parte da matéria mercantil no Código Civil apresenta-se inédita, eis que a matéria comercial sempre fora tratada no Código Comercial ou legislação especial. A inserção decorreu da unificação das obrigações civis e mercantis.

Registre-se, no entanto, que, embora parte da matéria mercantil esteja inserida no CC/2002, manteve-se a autonomia legislativa e substantiva do Direito Comercial --- na realidade é isso o que interessa

e que de modo algum sofreu alteração com o novo Código Civil.

Com todo respeito aos doutos participantes da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil 2002, cujo esforço incomum e trabalho exaustivo fora concluído após longos anos de tramitação no Congresso Nacional, o fato é que, a nosso sentir, o novo Código Civil, especificamente no campo mercantil, não é e está longe de ser um primor de legislação.

Efetivamente, melhor seria não tivesse o legislador cuidado e inserido a matéria comercial no novo Código Civil.

O ilustre Coordenador dos Trabalhos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, o Professor Miguel Reale, em artigo denominado O novo Código Civil e seus críticos, veiculado na Internet, em seu site pessoal, bem assim publicado no Boletim Informativo Saraiva, rebatendo as críticas ao novo Código, elencou três categorias de críticos, a saber:

- a) dos jovens bacharéis --- que reclamaram da velhice do projeto originário, datado de cerca de trinta anos;
- b) dos juristas experientes --- que reclamaram da não inclusão das inovações sociais, especialmente no direito de família quanto à fecundação in vitro e outros meios; e c) dos juristas saudosistas do Código de 1916 --- que reclamaram da revogação integral do código, entendendo que as modificações deveriam ocorrer em sucessivas reformas parciais, sem necessidade de nova codificação.(9)

Das categorias indicadas não vislumbramos aquela que diz respeito aos críticos à unificação das obrigações e nem tampouco da inclusão de parte do direito comercial no Código. Estamos até o momento sem respostas!

A nossa crítica, a rigor, é tanto de forma quanto de fundo. A nosso sentir, o legislador inseriu, indevidamente, parte do direito mercantil no Código Civil. Tal postura foi prejudicial à evolução e internacionalização do Direito Empresarial.

Data venia aos ilustres membros da Comissão Revisora e Elaboradora, mas o novo Código Civil, copiando o modelo do Código Civil italiano, de 1942, avançou na matéria mercantil, de forma precária e equivocada, revogando parcialmente o Código Comercial Imperial, de 1850. A revogação cingiu-se a primeira parte do CCom/1850. Nada mais!

Em outras palavras, a inserção de parte da matéria comercial no Código Civil restou absolutamente pífia, porquanto a um só tempo não unificou o direito privado e não revogou o Código Comercial de 1850,

deixando fora do novo diploma outros institutos mercantis, com exceção da pífia Teoria Geral dos Títulos de Crédito e do desatualizado Direito Societário (Direito da Empresa) e nem tampouco retirou a autonomia substancial, acadêmica e formal ou legislativa do Direito Comercial. Em verdade, a reforma como ocorrida, especificamente no direito mercantil, não se justificou; ao revés, trouxe maior complicação didática ao estudo do Direito Comercial.

Dúvidas não pairam que a inserção de parte da matéria mercantil no Código Civil manteve a autonomia formal e substantiva do Direito Comercial, porquanto a unificação não foi do direito privado, mas sim das obrigações. Por isso mesmo é que criticamos o novo Código Civil, apontando equívoco legislativo, eis que não deveria ter avançado para outras áreas do Direito Comercial, como fê-lo injustificadamente ao inserir a Teoria Geral dos Títulos de Crédito e o Direito Societário (Direito da Empresa). A inclusão da matéria no CC/2002 foi além do devido e nada trouxe de contribuição ao Direito Mercantil. O Código Civil deveria limitar-se à unificação das obrigações, nada mais!

Justamente no limiar do novo século, no momento em que as relações mercantis estão ganhando cada vez mais força, com o crescimento da economia de massa, inclusive com a inserção do Brasil na economia mundial através da participação e formação de blocos econômicos e integrações regionais de comércio, é que ocorre a unificação das obrigações civis e mercantis, com a inclusão de parte da matéria mercantil no Código Civil. Sabe-se que cultura da codificação é conservadora e as práticas mercantis são ágeis e necessitam de constantes atualizações e adaptações ao tempo real dos negócios e ao incremento econômico.

Evidente que o Direito Comercial, em tempos de abertura de comércio internacional e globalização econômica, como passamos a viver a partir de 1990, com a abertura das economias, ganha foros de internacionalização, próprio de sua natureza.

Assim, nas lições de Jean Ryn deve-se deixá-lo livre das amarras do direito civil, mormente porque a legislação dos blocos buscam e cada vez mais buscarão, em futuro próximo, se não a uniformização, mas a harmonização dos institutos mercantis e as regras de seu disciplinamento entre os países participantes do comércio além fronteiras, situação que restará prejudicado com o indevido engessamento do direito comercial no Código Civil.

Legislativamente falando, não foi interessante e produtivo, quer substancial ou academicamente, inserir o Direito Comercial no Código Civil, ainda que parcialmente, como sói ocorreu com a chegada do CC/2002.

Lamentavelmente, vimos que a aprovação do CC/2002, seguindo a tradição, foi ato muito mais político que jurídico, porquanto após tramitar por mais de 26 anos no Congresso Nacional, data venia, ao final, foi aprovado, em regime de quase urgência, nascendo parcialmente velho e desatualizado para o século XXI, especificamente no segmento do direito comercial, em que não se teve a preocupação econômico-mercadológica a que serve o direito empresarial.

A codificação --- que foi intensificada no século XIX e primeira metade do XX, hoje, no nascedouro do século XXI, deve contemplar apenas os princípios orientadores dos institutos, deixando para a legislação especial os contornos que a evolução dos tempos exige.

Prova da defasagem da matéria mercantil no Código Civil 2002 e da necessidade constante de atualização do Direito Empresarial, dada a velocidade dos negócios e atos econômicos é que, mesmo antes da aprovação e às vésperas do sancionamento do novo Código, o Ministério da Justiça discutia o Anteprojeto de Reforma da Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, sendo que tal tipo societário foi inserido no Código, nos artigos 1.052 a 1.087, sem as inovações recomendadas pelo mercado, inclusive trazendo a inovação no ordenamento mercantil nacional da formação de sociedade empresária unipessoal.

Politicamente, não seria nada interessante impedir a aprovação do Código Civil para discutir o anteprojeto de reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada se referido tipo societário já constava do Código, embora dissonante das atuais idéias que permeiam o mercado societário. Faltou coragem política. Infelicidade para o mercado!

Agora, como o Código Civil entrou em vigor em janeiro de 2003, como justificar as alterações neste modelo de sociedade empresária --- que foi aprovado no Congresso Nacional e acabou de entrar em vigor? Quase impossível, politicamente.

Embora merecendo as críticas aqui apontadas e contrariando a sempre festejada e ainda atual idéia de liberdade do Direito Comercial, o fato é que o Código Civil 2002 inseriu na Parte Especial, no Livro II, o chamado Direito de Empresa (que anteriormente denominávamos de Direito Societário).

A nosso juízo a denominação dada ao Livro II - Do Direito de Empresa - não foi feliz, eis que Direito de Empresa é mais amplo que os conceitos de empresário ou sociedades simples ou empresária, nos variados modelos societários, ou estabelecimento, ou, ainda nome empresarial, prepostos e escrituração contábil.

Sendo a empresa --- atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do

CC/2002) --- resta claro que a denominação Direito de Empresa não consegue alcançar o campo de abrangência e atuação empresarial. Pensamos que melhor seria manter a velha e consagrada denominação - Direito Societário, porque a matéria inserida no Livro II é específica, direta ou conexamente, às sociedades, seja simples, seja empresária.

De certo, a escolha da denominação do Livro II - Direito de Empresa - teve cunho emblemático, cuja finalidade do legislador fora demonstrar inequivocamente que o Direito Comercial brasileiro vinculou-se a Teoria da Empresa, do direito italiano, divorciando-se definitivamente da Teoria do Ato de Comércio, do direito francês.

O Direito de Empresa lançado na Parte Especial, Livro II, encontra-se assim disposto: Título I – Do Empresário (arts. 966 a 980); Título II – Da Sociedade (arts. 981 a 985); Subtítulo I – Da Sociedade Não Personificada (arts. 986 a 996); Subtítulo II – Da Sociedade Personificada (arts. 997 a 1.141); Título III – Do Estabelecimento (arts. 1.142 a 1.149); e no Título IV – Dos Institutos Complementares (arts. 1.150 a 1.195).

Quanto aos títulos de crédito, a sua inclusão no Código Civil também não nos pareceu acertada. Aliás, sem medo de afirmar, pode-se dizer que a Teoria Geral dos Títulos de Crédito, da forma como disposta, apresenta-se absolutamente pífia. Aliás, o mundo globalizado e o surgimento da informática vêm exigindo novas relações jurídicas e o repensamento dos atributos dos Títulos de Crédito.

Tratando-se de direito comercial, independentemente do subramo, importa reconhecer a velocidade e a criatividade das práticas, usos e costumes mercantis.

A informática, a rigor, vem mitigando os princípios clássicos do Direito Cambiário, posto que as relações de crédito e débito, não necessariamente, para serem cumpridas espontaneamente, vêm exigindo a emissão ou criação e a circulação do título, basta verificarmos que na economia de massa o recebimento de créditos, hoje, quase na sua totalidade opera-se através de cobrança bancária, via emissão e pagamento de boletos ou mesmo através da internet, minimizando-se os custos operacionais e os efeitos da burocracia e maximizando-se tempo e dinheiro.

À propósito, o eminente comercialista – Prof. Fábio Ulhôa Coelho, tratando da matéria, em artigo publicado no Boletim Informativo Saraiva, sob o título: O Desenvolvimento da Informática e o Desatualizado Direito Cambiário, pronunciou-se:

Os títulos de crédito surgiram na Idade Média, como instrumentos destinados à facilitação da circulação do crédito comercial. Após terem cumprido satisfatoriamente a sua função, ao longo dos séculos, sobrevivendo às mais variadas mudanças nos sistemas econômicos, estes documentos entram agora em período de decadência, que poderá levar até mesmo ao seu fim como instituto jurídico. No mínimo, importantes transformações, já em curso, alterarão a substância do direito cambiário. Este processo é derivado do extraordinário progresso no tratamento magnético de informações, do crescente uso dos recursos da informática no cotidiano da atividade de administração do crédito. Não é novidade para ninguém, neste final de século, que o meio magnético vem substituindo paulatina e decisivamente o meio papel, como suporte de informações. O registro da concessão, cobrança e cumprimento do crédito comercial não fica, por evidente, à margem desse processo. Quer dizer, os empresários, ao venderem seus produtos ou serviços a prazo, cada vez mais não tem se valido do documento escrito para registro da operação. Procedem, na verdade, à apropriação das informações acerca do crédito concedido exclusivamente em meio magnético, e apenas por este meio as mesmas informações são transmitidas ao banco para fins de desconto, caução de empréstimos ou controle e cobrança do cumprimento da obrigação pelo devedor. Apenas uma pequena margem de empresários ainda se vale do cheque pós-datado, da duplicata efetivamente emitida ou da nota promissória como meio de documentação da operação creditícia. Quando a obrigação registrada em meio magnético é cumprida satisfatoriamente, em seu vencimento, ela não chega jamais a ser materializada num documento escrito. Não se emite o título de crédito (a duplicata mercantil ou de prestação de serviços), mas uma simples guia de compensação bancária para instrumentalizar a quitação. A emissão do título apenas se verificará na hipótese de descumprimento do dever pelo adquirente das mercadorias ou serviços, quando então o registro em meio magnético é insuficiente para fins de protesto – exceto se feito por indicações – e subsequente execução judicial.(10)

Como indicado no artigo supra, publicado em maio de 1996, já à época esperava-se que o Código Civil trouxesse modificação de fundo, no campo do Direito Cambiário, alterando-se ou mitigando-se os princípios clássicos frente à realidade econômica, o que não ocorreu.

Porém, nem tudo merece críticas! O ponto principal de destaque e elogio é o fato de que o CC/2002, finalmente, conceituou título de crédito, após 152 anos de indefinição no direito brasileiro.

Com precisão técnica, o Código, no artigo 887, adotou o conceito de Cesare Vivante, ao afirmar que: "O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei."

Feliz conceituação, posto que presentes, sem exceção, todas as cinco principais características dos títulos de crédito, as quais distinguem o título de crédito de qualquer outro papel ou documento, como se vê apontados os princípios da cartularidade ou incorporação, autonomia das obrigações cambiárias, literalidade, legalidade e formalismo. Aqui, portanto, o Código Civil merece aplausos.

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

Já existem em tramitação no Congresso Nacional projetos de reforma do Código Civil/2002, visando à alteração de alguns artigos na parte do Direito da Empresa. É lamentável que um diploma que tramitou 26 anos não contemple os anseios da sociedade e dos agentes econômicos e no nascedouro apresente imperfeições técnicas e discrepantes da realidade sócio-econômica.

Cabe-nos, neste momento, apenas lamentar tal situação, mormente porque não vislumbramos, a curto prazo, coragem e vontade política para alterar o atual quadro legislativo, com a exclusão da matéria mercantil do Código Civil. Será preciso, talvez, aguardar a alteração no Código Civil italiano, de 1942, com o retorno da autonomia das obrigações civis e mercantis, para, então, quem sabe, o Brasil, fiel à tradição de copiar modelos legislativos, venha, novamente, a reproduzir o futuro ordenamento privado da Itália, decidindo-se, assim, por, também, reconhecer a inviabilidade da unificação, com a retirada da

matéria mercantil do Código Civil, deixando o direito empresarial livre das amarras burocráticas do direito civil.

---

(1) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. **Bom dia, história do direito!**: textos e materiais para estudo da história do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99

(2) LIMA, Adamastor. **Revista de Direito Comercial**, v. 11, p. 33, nota 41.

(3) A aula inaugural de Cesare Vivante pode ser consultada integralmente no capítulo da Introdução ao Trattato di Diritto Commerciale, 5a. edição, como citado por João Eunápio Borges, em sua obra Curso de Direito Comercial Terrestre, p. 57.

(4) EUNÁPIO BORGES, João. **Curso de direito comercial terrestre**, 1959, p. 55-56.

(5) Op. Cit. 4, p. 59.

(6) Op. Cit 4, p. 60.

(7) Op. Cit. 4, p. 65.

(8) Op. Cit 4, p. 66.

(9) [miguelreale@terra.com.br](mailto:miguelreale@terra.com.br)

(10) Boletim Bis/Saraiva, maio 1996

SILVA, Luiz Antônio Guerra da. *Da inserção da matéria mercantil no Código Civil de 2002 grave equívoco legislativo tentativa de engessamento do direito mercantil prejuízo à internacionalização do direito comercial*. Disponível em: [www.presidencia.com.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/artigos/Luiz\\_rev78.htm](http://www.presidencia.com.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/artigos/Luiz_rev78.htm)  
Acesso em: 05.jun.2006.