

Primeiras observações sobre os efeitos da unificação das obrigações civis e mercantis no regime da liberdade contratual

Gerson Luiz Carlos Branco

RESUMO

O artigo propõe que a unificação das obrigações civis e mercantis promoveu uma nova sistematização do Direito Contratual, mediante estruturas legais unitárias que produzem funcionalidades diversas. As regras unificadas não representam um único regime normativo, mas diversas funcionalidades, conforme sejam os modelos jurídicos celebrados no âmbito do Direito Empresarial, Direito do Consumidor ou no regime comum. Disso decorrem eficácias distintas, tendo em vista os diferentes reflexos da experiência social, ligada com fatos e exigências valorativas decorrentes dos diferentes âmbitos da vida econômica.

Palavras-chave: Liberdade contratual. Funcionalização. Código Civil. Unificação das obrigações civis e mercantis.

The first view under the unification of commercial and civil law in the Brazilian Civil Code and it's effects under the contractual freedom

ABSTRACT

The paper proposes that the unification of the civil and commercial obligations has promoted a new systematization of Contract Law, through unitary legal structures that produce many features. The unified rules do not represent a single normative regime, considering that the many functionality, of the models as they are celebrated under Corporate Law, Consumer Law or under a common regime. Distinct effects are generated from that, havind in mind the different effects of the social experience, connected to facts and value demands from the many different scopes of economic life.

Keywords: Contractual freedom. Functionality. Civil Code. Unification of civil and commercial law.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca estudar a nova conformação da liberdade contratual provocada pela unificação das obrigações civis e mercantis. A idéia de multifuncionalidade decorre

Gerson Luiz Carlos Branco é professor do programa de Pós-Graduação (mestrado em Direito) da Universidade Luterana do Brasil, em Canoas/RS. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado em Porto Alegre. E-mail: gerson@gersonbranco.com.br

da regulação legal unificada de vários contratos, entre eles do contrato de compra e venda, que mantém funcionalidades diversas conforme seja celebrado para instrumentalizar relações civis ou empresariais.

O propósito deste texto é apresentar uma das faces da liberdade contratual, mediante a distinção entre “unificação do regime legal” das obrigações mercantis, “unificação sistemática do Direito Privado” e o respectivo significado de tais expressões.

Tal propósito não serve para afirmar uma ou outra forma de unificação, mas para compreender o significado da “unificação do regime legal” mediante a transformação da liberdade contratual no contexto da “unificação sistemática do Direito Privado”.

Trata-se de linhas iniciais para debater as razões históricas da sistematização do Direito Privado e sua importância para o regime vigente da liberdade contratual, que sob um mesmo regime legislativo, disciplinam tanto o Direito Civil quanto o Direito Empresarial.

Segundo a lição de Bobbio, que é adotada neste artigo, a concepção de multifuncionalidade está relacionada com a análise da teleologia dos modelos jurídicos. Assim, uma estrutura que busca atingir determinados fins produz efeitos distintos quando é usada para alcançar outros. Por isso, os efeitos das disposições legais de um modelo jurídico incidentes sobre um suporte fático cujos fins são vinculados a operações econômicas típicas do Direito Empresarial produzem efeitos distintos da incidência das mesmas regras legais sobre a negócios da clássica relação jurídica do Direito Comum. A principiologia que informa essa estrutura legislativa é distinta, impondo um sentido diverso às disposições legais, já que o sistema de direito privado é orientado por princípios segundo valores que podem ser diferentes conforme a parte da “vida de relação” que estiver sendo disciplinada.¹

Essa proposição suscita um problema prático, que é a aplicação das regras unificadas a partir da análise das diferenças e semelhanças da “vida de relação”.²

Para enfrentar esse problema prático, busca-se o norte da unificação sistemática, que foi o fenômeno da “comercialização do Direito Civil” e da utilização da “empresa como elemento determinante” da unificação legislativa.³ Essas circunstâncias levaram

¹ Segundo Bobbio, sempre que se faz uma análise normativa e se busca a “função” de um determinado instituto, esta é feita através da identificação da sua “teleologia”: uma análise funcional busca descobrir “para que coisa o direito serve” e não “como é feito o direito.” BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977, p.63: “In parole povere, coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più sapere <come il diritto sia fatto> che <a che cosa serva>”.

² A expressão “vida de relação” é de autoria de Emilio Betti. Sua melhor definição está no texto BETTI, Emilio. *Neozio Giuridico. Novissimo Digesto Italiano*, na p.209. Betti compreende o direito positivo como a disciplina da “vida de relação”, mediante a adoção de normas que representam a solução de um conflito de interesses considerados contrapostos e comparativamente valorados na sua típica em idade social. O direito não é um conjunto de normas abstratas “arrancadas da vida social”, mas um conjunto de relações que ligam aos homens desenvolvimento da a ividade de cada um, relações unidas a interesses típicos ainda que em conflito, os quais se limitam reciprocamente. Nas instituições jurídicas e nas normas estão refletidas as instituições jurídicas como “em idades sociais historicamente determinadas”. A mesma definição está na obra de BETTI, Emilio. *Teoria General de las Obligaciones – Tomo I*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, p 01 e 02.

³ Tratamos da matéria na obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Origens doutrinárias e interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, no prelo.

à generalização de regras que eram próprias do Direito Empresarial, tais como a funcionalização dos modelos jurídicos, mas, por outro lado, foram responsáveis pela preservação da “convivência” de modelos baseados em esquemas paritários típicos das relações civis, com esquemas próprios das relações empresariais.⁴

2 DA INFLUÊNCIA DO DIREITO COMERCIAL SOBRE O DIREITO CIVIL E FORMAÇÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

A comercialização do Direito Civil é um processo que começou a ser identificado no final do século XIX e esteve associado, fundamentalmente, ao processo de descentralização da forma de criação de novas regras para regulação das relações intersubjetivas. O Direito Civil sempre foi conhecido como um Direito ditado pelo Estado, imposto pelo príncipe, a quem sempre interessou conformar de uma ou outra maneira a organização e as formas de estruturação da vida privada.⁵

A centralização do processo de criação das normas de Direito Civil teve também um componente histórico de caráter político importante relacionado com a supremacia da lei e com a importância da proteção de direitos considerados “fundamentais” para o ordenamento jurídico, como a própria liberdade contratual e o direito de propriedade.

Não foi sem propósito que os códigos liberais foram editados por governos fortes, como o caso do Código Civil Francês, que precisou da força de Napoleão para se tornar uma realidade e tendo servido como instrumento de consolidação dos resultados da revolução francesa, assim como a Alemanha e Itália somente tiveram seus códigos numa fase de sua vida política posterior à unificação e centralização administrativa.⁶

Ainda antes do advento da codificação, o Direito Civil sempre foi marcado pela centralização da criação de suas regras. Embora houvesse um papel para o costume, o seu

⁴ Embora não seja objeto direto de enfrentamento, deve-se indicar como exemplo o estudo realizado por FRADERA, Véra Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. ALVIM, Arruda (org.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 569 – 583. Ao tratar sobre os “os usos, no Brasil, a sua relevância jurídica é ainda pequena, porque a nossa tradição é demasiado positivista. Contudo no âmbito do Direito comercial, a sua utilização é mais corrente e freqüente. Percebe-se aqui a proximidade entre Direito civil e comercial, separados apenas por uma diferença de mentalidade: maior autonomia na esfera comercial, enquanto no Direito civil existe ainda uma arraigada restrição ao que não for estritamente legalista”. p. 579. A visão de Vera Fradera é de extrema utilidade para análise em comento tendo em vista que trata-se de autora que após o Código Civil tem mantido uma séria e contributiva crítica ao Código Civil vigente, em especial sobre a noção de função social adotada, o que também pode ser visto no artigo FRADERA, Véra Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da influência regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena. *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.547 – 570.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Brasileiro, 1984, p.94 – 110.

⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.524 e ss., HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1997, p.66 e ss.

reconhecimento sempre passou por processos de juridificação cujo controle era estatal, como é o caso das ordenações no Direito português⁷

Por outro lado o Direito Comercial sempre teve outra forma de criação de suas regras, estas tinham como agentes as ações econômicas dos próprios comerciantes, que não só elaboravam as regras para disciplinar sua profissão, assim como eles próprios integravam os tribunais que julgavam exclusivamente as causas entre os comerciantes, eleitos entre seus pares.⁸ No sistema das fontes o Direito Civil era considerado como fonte subsidiária por força da disposição expressa do art. 121 do Código Comercial.⁹

O Direito Comercial, que nasceu como o conjunto de normas de uma atividade profissional, tinha fontes mais dinâmicas do que as fontes do Direito Civil. Embora a Lei Mercantil tenha assumido uma importância substancial após o advento da codificação, a sua estrutura aberta sempre permitiu um processo descentralizado de criação do direito, o que se dava fundamentalmente pela importância atribuída aos usos e costumes.

O artigo 130 do Código Comercial era expresso ao determinar que “as palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”, disposição cujo significado é absolutamente o oposto do que foi adotado no artigo 85 do Código Civil de 1916, em que o critério voluntarístico era essencial para a definição do sentido do negócio jurídico.

O artigo 131, nos incisos 1 e 4, também estabelecia como regra de interpretação dos contratos a boa-fé e os usos e costumes, mais precisamente o “costume do lugar”,

⁷ Uma análise detalhada da ampliação dos usos e costumes no Código Civil vigente é realizada por LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Nas páginas 115 a 148 de sua obra são apresentados os principais casos de “descentralização” a que se refere este trabalho mediante a valorização dos usos e costumes. Embora a perspectiva do livro apresente esse processo como tendo raízes na concepção de “Poder Social” a que se refere Miguel Reale e em seu “modelo hermenêutico”, a obra também enfrenta o fato histórico que entendemos central que foi a predominância do “espírito liberal” do Código Comercial de 1850, o que é tratado nas p.72 a 74.

⁸ O artigo 2º do Título Único das disposições a respeito “da administração da justiça nos negócios e causas comerciais”, da Lei n. 445, de 25 de junho de 1850, revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, estabelecia que os Tribunais do Comércio seriam compostos em parte por comerciantes: “Artigo 2º. O Tribunal do Commercio da capital do Império será composto de um presidente letrado, seis deputados commerciantes, servindo um de secretario, e tres supplentes, também commerciantes: e terá por adjunto um fiscal, que será sempre um desembargador com exercício effectivo na Relação do Rio de Janeiro.

Os Tribunaes das provincias serão compostos de um presidente letrado, quatro deputados commerciantes, servindo um de secretario, e dous supplentes, também commerciantes: e terão por adjunto um fiscal, que será sempre um desembargador com exercício efec ivo na Relação da respectiva provincia”.

“Ar igo 3º. Os presidentes e os fiscaes são da nomeação do Imperador, podendo ser removidos, sempre que o bem do serviço o exigir.

Os deputados e os supplentes serão eleitos por eleitores commerciantes.”. A eleição dos integrantes do Tribunal do Comércio que eram comerciantes era realizada de dois em dois anos, mediante renovação da metade dos juízes representantes dos comerciantes, que tinham o mandato de quatro anos. O voto era facultativo a todos os comerciantes devidamente inscritos no registro do comércio, salvo os falidos ou condenados por fraude ou crime equivalente. VEIGA, Didimo Agapito da. *O amigo e Conselheiro dos Commerciantes*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1873, p.358.

⁹ “Art. 121. As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

consagrando verdadeiramente o que chamamos de “ética da situação”.¹⁰ No mesmo sentido o artigo 133 do mesmo Código.¹¹ Da mesma maneira o artigo 291¹² do Código Comercial determinava que para resolver conflitos societários deve-se preferir os usos comerciais, ainda que existisse lei civil a respeito da matéria, não obstante o comando do artigo 121 do mesmo Código.

Mesmo no período anterior à vigência do Código Comercial de 1850, o Direito Comercial brasileiro trazia normas que hoje são consideradas como novidade, tais como a obrigação de agir segundo a boa-fé e a necessidade de preservação do equilíbrio econômico do contrato.¹³ Uma análise dos antigos textos e doutrinas do Direito Mercantil leva à conclusão de que o novo Código Civil em certa medida recupera valores e conseqüentemente normas que foram vigentes em outra época, seja pela preservação da boa-fé¹⁴ ou pela necessidade de preservação da causa do contrato.¹⁵

O advento do Código Comercial de 1850, já carregado pela ideologia dos códigos napoleônicos, provocou certa modificação no direito contratual, para dar mais força à vontade e ampliar o papel da lei na solução dos conflitos.¹⁶ Mas, mesmo assim, as constantes referências legais aos usos e costumes, aos usos do lugar, uso e prática nos casos similares, permitiu ao Direito Comercial a mobilidade necessária para sua adaptação às transformações sociais, fato que influenciou o Direito Civil através da chamada “comercialização do Direito Civil”.

¹⁰ A respeito da ética da situação ver MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹ “Artigo 133. Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

¹² “Art. 291. As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial”.

¹³ “Os essenciais requisitos dos Contractos mercantis, para serem validos, consistem em que: (...) 2º. Procedão em boa-fé. (...) 6º. Haja titulo real ou causa legitima que o obrigue á prestação. (...) 9º. Não haja lesão enorme, e menos enormissima”. LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru). *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*. 6ª ed. Tomo II, Rio de Janeiro: Typographia Acadêmica, 1874, p.470. Embora a edição seja posterior a 1850, trata-se de republicação de obra com data anterior, provavelmente de 1815, organizada por Cândido Mendes de Almeida.

¹⁴ “Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contracto mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o Juízo dos Commerciantes costumados a praticar essa espécie de negocio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa-fé e o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavillosas e contrarias ao verdadeiro espirito do contracto”. Idem, ibidem, p.471.

¹⁵ “... são nulos os Contratos, em que não haja causa de dever, isto he, quando se não mostra donde procede o titulo, e mo ivo justo, e possivel porque a parte se obrigou (e não desonesto, e impossivel, visto que dahi não póde resultar obrigação), pois então supoe-se má fé, e animo de lesar a outra parte, ou a terceiro. Não se presumindo doação nos negócios da vida sem facto, e declaração especifica, e muito menos nos negocios mercantis; e não sendo justo que ninguem se locuplete com a jactura alheia”. Idem, ibidem, p.470.

¹⁶ Entre outros autores, Clóvis do Couto e Silva acentua que diferentemente do que ocorreu com o Código Civil, “o Código Comercial de 1850, que sofreu forte influência do Código Comercial francês de 1805”. COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*, p.02. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Florença, em 6.5.86, na qualidade de Professor visitante, a convite do Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.

A respeito da unificação fática entre Direito Comercial e Civil, Sylvio Marcondes afirma que a regra do artigo 121 do Código Comercial foi a raiz de tal tratamento unitário, pois tal disposição já determinava a aplicação das regras civis sobre os contratos mercantis. Também a adoção do Regulamento 737 de 1850 “por adoção do seu texto, ou filiação das leis estaduais ao seu sistema” determinou que as regras do processo fossem aquelas criadas para os Tribunais do Comércio, inclusive com forte influência sobre o Código de Processo Civil de 1939, do qual foi extraído substancialmente o Código de Processo Civil vigente.¹⁷

Desde o advento do Regulamento 737 e da edição da Consolidação das Leis Civis, existe o debate a respeito da divisão entre Direito Civil e Comercial, quando Teixeira de Freitas combateu frontalmente a existência de dois códigos, criticando o sistema francês e o brasileiro, que o seguiu.

Para Teixeira de Freitas o Código Comercial não poderia ser mantido em vigor se fosse aprovado um Código Civil, tendo em vista a existência de matérias comuns, quais sejam, o regime das obrigações, que precisavam ser tratadas de maneira unitária. Embora Teixeira de Freitas não tenha sido absolutamente claro em todos os seus propósitos, pretendia, ao lado de um Código Geral, um Código Civil e um Código do Comércio.¹⁸

Ao comentar a problemática da unificação do Direito Privado no pensamento de Teixeira de Freitas, Orlando de Carvalho afirma que tal proposição tinha um caráter mais político do que técnico, pois dentro de tal proposição estava uma reação à lógica burguesa que se apresentava no Direito Comercial que era essencialmente um direito de classe. Para Teixeira de Freitas o Direito Comercial era um repositório de usos, costumes e doutrinas que passaram a ser lei de exceção em benefício de uma categoria profissional, que eram os comerciantes.¹⁹

Por essa razão Teixeira de Freitas propunha um “Código do Comércio” e não um “Código Comercial”, ao lado de seu Código Geral. Esse posicionamento frente ao tratamento especial dos comerciantes também é referido por Orlando Gomes, ao comentar que a ‘comercialização do Direito Civil’ foi um fenômeno decorrente de concepções fascistas que provocaram a unificação entre Direito Civil e comercial no Código Civil italiano, que não admitia a natureza classista do Direito Comercial que estava posta no Código Civil italiano de 1882.²⁰

¹⁷ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p.131.

¹⁸ “Quando esse Código aparecer, deve forçosamente acompanhá-lo um Código do Comércio e um Código do Processo Civil, cessando a um só tempo toda a legislação atual, concernente a tais matérias. Se quisermos conservar o Código do Comércio que temos e seus regulamentos sobre o processo ficaremos agrilhoados, não poderemos fazer um bom Código Civil. O atual Código do Comércio é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que nada façamos. Não se pode separar impunemente as partes de um corpo, que deve ser homogêneo; o Código do Comércio, e do Processo Civil, são o mesmo Código Civil, são partes integrantes dele. FREITAS, Teixeira de. *Carta ao Ministro Nabuco de Araújo de 10 de junho de 1854*. In: MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983, p.92.

¹⁹ CARVALHO, Orlando. Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1984, p.08 e ss.

²⁰ GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas*. In: Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.163.

Relevante também é a análise feita por Tullio Ascarelli a respeito do processo de comercialização do Direito Privado no Direito brasileiro, pelo acento que dá ao processo constante de incorporação de institutos nascidos no Direito Comercial nas regras do Direito Comum. Chama a atenção para a representação, o seguro, os títulos de crédito e as próprias sociedades por ações, como institutos do Direito Comercial que acabaram sendo absorvidos pelo Direito Comum, com uma aplicação geral. Em relação às sociedades por ações, a possibilidade de sua constituição para fins civis marcou a passagem do instituto para o Direito Comum, no que foi seguido pelo Direito Público, tendo em vista que o próprio Estado passou a se utilizar desse magnífico mecanismo para certas intervenções no domínio econômico, através das sociedades de economia mista.²¹

Embora não seja uma opinião corrente, é relevante considerar o argumento de Ascarelli de que o Código Civil de 1916, pela sua modernidade, em alguns aspectos era mais comercialista do que o próprio Código Comercial, razão que determinou a aplicação do Código Civil sobre as relações mercantis, contribuindo substancialmente para a unificação jurisprudencial e doutrinária das obrigações civis e mercantis. Isso, porém, não representou uma civilização do Direito Comercial, mas o contrário, uma comercialização do Direito Privado, tendo em vista “a maior comercialidade do Código Civil”.²²

Exemplo dessa afirmação de Ascarelli é a regulamentação da venda por amostras, venda a contento e sujeita a prova no Código Civil de 1916, contratos que desde sempre foram atinentes às atividades empresariais e estavam regulados no Código Civil de 1916.

Já havia um germe da unificação das obrigações civis e mercantis no Código Civil de 1916, não só pelas regras da compra e venda, mais completas, precisas e voltadas para as relações mercantis, mas também pela disciplina das obrigações de dar, solidariedade, pagamento e regras a respeito do inadimplemento, isso se não se considerar que antes mesmo da vigência do primeiro código civil já era “um só o direito obrigacional”.²³

Conforme afirma Natalino Irti, o exercício da autonomia privada (essencialmente “autonomia negocial”, segundo Betti), nos tempos atuais é visto no âmbito das relações de

Orlando Gomes tinha consciência de que o fascismo aproveitou-se de idéias já existentes no meio jurídico, não sendo naturalmente uma concepção fascista a unificação do Direito Civil e Comercial. Isso fica claro pela sua participação nas comissões para elaboração do Código Civil, tendo sido coordenador do projeto que formou duas comissões, uma destinada a elaborar um Código das Obrigações, incluindo civis e mercantis, coordenadas diretamente por Caio Mário da Silva Pereira, e outra comissão, destinada a elaborar o Código Civil, sem o Direito das Obrigações.

A discussão a respeito da unificação do Direito Comercial e Civil italianos já pode ser vista em escritos do início do século XX, como se pode ver de texto do Ministro da Justiça italiano Gallo, escrito em 1906, na introdução das obras completas de Cimbali, que indica existir uma “tendência de compor um código único del diritto privato”. CIMBALI, Enrico. *Opere complete*. Torino: Unione Tipográfica-editrice Torinese, 1907, p.XXIV.

²¹ “Foi assim, desde a sua origem, o Direito Comercial, elaborando, em contraposição ao direito comum, institutos que, posteriormente, passaram para este, alcançando uma aplicação geral”. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p.27 e ss.

²² Idem, *ibidem*, p.40.

²³ Waldemar Ferreira é expresso ao afirmar que “muito maiores e íntimos são os pontos de coincidência dos contratos comerciais com os contratos civis do que suas divergências: é a mesma a teoria geral dos dois contratos”. Além disso sustentava que “o Direito das Obrigações é o Direito Comum, por excelência, ainda que não consolidado em volume especial com o título de Código das Obrigações (...) Não é o Direito Civil, por isso mesmo, comum a comerciantes e a não comerciantes. O que a uns e outros é comum é o Direito das Obrigações”. FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial – oitavo volume*. São Paulo: Saraiva, 1962, p.5.

consumo e nas ações planejadas da empresa. A consequência é que a tutela do exercício da autonomia se dá fundamentalmente pela disciplina do mercado e da concorrência e não se dá mais pela proteção “de uma força psicológica” ou da “composição espontânea dos interesses”.²⁴

Além disso, deve-se considerar que o vigente Código Civil rege relações jurídicas que são objeto da incidência de mais de uma lei. Assim, uma só relação empresarial, por exemplo, um contrato de transporte de pessoas sofre a incidência da Lei de Abuso do Poder Econômico, Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica e, também, do Código Civil.

A ampliação do tratamento unificado das obrigações civis e mercantis provocou uma série de alterações estruturais no regime normativo da disciplina, entre elas, a inserção da cláusula geral do art. 421 do Código Civil, já que os espaços de maior fertilidade para a aplicação da função social dos contratos são as relações em que o elemento “social” tem relevância. Nas clássicas relações civis como a compra e venda paritária, doação, etc., a possibilidade de invocação da função social dos contratos é extremamente limitada.²⁵

Da mesma maneira as cláusulas gerais dos artigos 50, 186 e 927 estão postas dentro de uma mesma linha, com a finalidade de fixação de diretrizes que regem todas as relações obrigacionais do Direito Privado.

Fato histórico relevante foi a inserção do direito da empresa no âmbito do direito das obrigações. Essa forma de estruturação não era um objetivo inicial da comissão elaboradora do Código Civil, pois a unificação que se pretendia fazer dizia respeito somente à parte geral das obrigações, com aplicação principal no âmbito do direito contratual.

No entanto, com o curso das atividades da comissão, observou-se que, embora já houvesse uma aplicação das disposições do Código Civil sobre as relações mercantis, a matéria relativa às sociedades sofreria grandes reflexos que exigiam um tratamento legislativo de toda a atividade societária, regulada dentro do capítulo que trata do direito da empresa.

Da mesma maneira foram tratados os títulos de crédito de uma maneira geral, deixando-se de fora o direito cambial, a ser regido por lei especial, assim como as Sociedades por Ações.

²⁴ IRTI, Natalino. *Lecture bettiane...*, 1991, p.69 – 73. A proteção da “vontade” é substituída pela proteção do “poder de escolha dos particulares”, no âmbito do mercado: “Così il mercato non risulta più dalla somma o dall'unità di atti particolari, ma si configura come razionale e preciso organismo, in cui si inserisce la scelta del singolo, rendendosi conforme ad innumerevoli altre”. p.72. Sobre o conceito de mercado de Natalino Irti, ver Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, n.02, marzo-aprile, p.185 e ss.: “Propongo di definire il mercato come unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categoria di beni. Né una singola relazione di scambio né un'arbitraria pluralità di esse formano un mercato, il quale sempre esige un criterio unificante: un principio, capace di governare la varietà dei comportamenti i di ridurli ad unità”.

²⁵ Tratamos deste tema de maneira mais detalhada na obra BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Origens doutrinárias e interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, no prelo.

No caso, Sylvio Marcondes foi o responsável pela redação do projeto, tendo sido um instrumento para a consagração da visão de empresa de Waldemar Ferreira, de quem foi seguidor sob o ponto de vista intelectual, tendo inclusive escrito artigo no qual fica clara a importância atribuída ao conceito de Empresa desenvolvido por este.²⁶

Seguindo a lógica culturalista de Reale, a instituição de uma parte geral no Código Civil, assim como a unificação do regime das obrigações, tem por objetivo fixar princípios éticos essenciais do sistema, bem como para realizar a orientação legislativa voltada para obediência de imperativos de socialidade e concreção²⁷.

A unificação legislativa sem a fusão das matérias (Direito Civil e o Direito Comercial) precisa ser melhor explicada, pois aparentemente pode ser contraditório unificar e ao mesmo tempo manter autônomo, assim como é necessário esclarecer quais são os elos e as conseqüências da unificação das obrigações com a preservação da autonomia científica e normativa, para que o jurista saiba quais são as normas que incidem sobre uma situação fática e quais são os efeitos decorrentes.

Evidentemente que a “preservação da autonomia científica” do Direito Comercial como menciona Miguel Reale somente tem sentido se houver alguma diferença pragmática entre Direito Civil e Direito Empresarial após o novo Código Civil, pois a simples distinção teórica sem qualquer resultado prático não tem qualquer justificação, seja científica, seja empírica.

A análise do argumento supra demonstra que, não obstante seja verdadeira a afirmação da autonomia científica do Direito Empresarial, não é essa autonomia o ponto mais importante da unificação, pois conseqüência de maior relevo foi uma transformação substancial do Direito Civil, que foi aproximado do Direito Comercial, mediante a transformação na forma de criação de regras jurídicas, em especial pela ampliação dos “usos e costumes no processo obrigacional”.²⁸

Sendo um Código culturalista,²⁹ não se poderia conceber a possibilidade de rupturas absolutas na matéria que diz respeito a unificação das obrigações civis e mercantis. Embora o Código tenha proporcionado em certa medida a unificação do Direito Privado, mediante a unificação das obrigações civis e mercantis, não foi operada a extinção da tradição do Direito Comercial. Pelo contrário.

Sob determinada ótica o Direito Comercial foi fortalecido mediante o nascimento do Direito da Empresa, ao contrário do que pode deduzir uma leitura apressada dos dispositivos do Código Civil, pois, repita-se, não houve uma “civilização” do Direito Empresarial, mas uma “comercialização” do Direito Privado.

²⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes. *Professor Waldemar Ferreira.*, p.47 – 67.

²⁷ “... além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do Direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no anteprojeto”. REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p.118.

²⁸ LUDWIG, Marcos de Campos, Op. Cit.

²⁹ Conforme e no sentido que já tratamos na obra MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Essa unificação, conforme já tratado na primeira parte, foi legislativa, sem que houvesse a extinção das duas disciplinas para criação de uma nova.

A dualidade entre Direito Civil e Direito Empresarial continua existindo sob o ponto de vista científico, bem como sob o ponto de vista normativo, embora o tratamento legislativo do Direito das Obrigações seja o mesmo, salvo exceções pertinentes à natureza da relação no plano da vida, que indiscutivelmente guarda peculiaridades que o Direito não pode ignorar.

Mais importante do que a própria dualidade “científica” continua sendo a dualidade histórica, que é ineliminável tendo em vista sua contribuição para a constituição do Direito vigente.³⁰

A prova da manutenção da dualidade entre Direito Civil e agora Direito Empresarial, sucessor do Direito Comercial, são as disposições dos artigos 965 e 997.³¹ Enquanto o primeiro define quem é o empresário e quem está afastado de tal conceito, o segundo trata do registro das sociedades simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Além disso, na análise dos diversos contratos nominados no Código Civil, podemos ver que muitos se dirigem a disciplinar exclusivamente atividades empresariais, como por exemplo, a comissão, agência, distribuição, seguro, transporte, etc. Não há como cogitar de um contrato de agência sem identificar a base fática associada ao exercício da atividade empresarial.

Por outro lado, há contratos tipicamente civis, que mesmo quando celebrados por empresários no exercício de sua atividade não perdem a natureza civil, por não serem contratos cujo objetivo possa ser o exercício da atividade empresarial, como é o caso do contrato de doação e o contrato de comodato.

Há outros contratos, todavia, que ao mesmo em tempo que são instrumentos típicos das atividades civis clássicas, também são instrumentos do exercício da atividade empresarial, tendo sido invertida a natureza empresarial do contrato, como é o caso do mútuo, que se presume oneroso mesmo quando não há cláusula de juros, desde que se destine a fins econômicos.³² Também o próprio comodato e a doação podem surgir associados a sistemas contratuais de natureza empresarial, como no caso dos contratos de “comodato” ou “doação” de equipamentos de grande defasagem tecnológica que

³⁰ “... um direito especial no sentido histórico e é sob este aspecto, e atendida a função historicamente preenchida pelo Direito Comercial em contraposição ao direito comum, que melhor se entende a sua autonomia e o seu papel, os próprios problemas que hoje se apresentam quanto à sua reforma e quanto à unificação do direito das obrigações (unificação de que nem sequer se poderia cogitar caso o Direito Comercial não constituísse uma categoria histórica) e, finalmente, a sua contribuição para o direito comum”. LUDWIG, Marcos de Campos, Op. Cit, p.16.

³¹ Artigo 965. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”; e Artigo 997. “Nos trinta dias subsequentes à sua constituição, a sociedade deve requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas”.

³² Artigo 591 do Código Civil: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual”.

são indispensáveis para utilização de um determinado serviço de telecomunicações (telefones celulares, centrais telefônicas, equipamentos para armazenamento de gás inflamável, etc.).

O crescente surgimento de novas operações econômicas justificou o aparecimento de diversos tipos contratuais, que embora não fossem regulados sob o ponto de vista legal, receberam uma normatização social, que foi recepcionada jurisprudencialmente.

Assim, contratos como o de factoring, leasing, cartão de crédito, entre outros, tiveram sua regulamentação definida a partir de sua tipicidade social e econômica, recepcionados pela jurisprudência, que conformou modelos jurídicos relativos a tais tipos contratuais.

Os chamados “contratos mercantis” foram o espaço privilegiado para a aplicação das principais construções teóricas do Direito Civil.³³

Como a vocação pragmática do Direito Comercial nunca induziu a formação de uma “doutrina” sólida a respeito da liberdade contratual e dos contratos mercantis, a jurisprudência brasileira sempre se utilizou da doutrina civil para resolução dos principais problemas relativos ao direito mercantil.

A própria aplicação da boa-fé objetiva, a resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, reconhecimento da lesão, entre outros modelos jurídicos voltados para o controle do conteúdo do contrato e, portanto e em certa medida, de controle da utilidade e justiça dos contratos, tiveram amplo desenvolvimento na solução de litígios em torno de contratos mercantis. A discussão a respeito da função social do contrato pode ser vista de maneira muito clara na doutrina e jurisprudência acerca dos contratos de representação comercial e distribuição mercantil, diversamente do que ocorre em relação aos contratos civis. Também foi no âmbito do Direito Empresarial no controle do abuso do poder econômico, nas relações de consumo e nas tentativas de proteção da economia popular que primeiro se tratou da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.³⁴

Os contratos tipicamente civis encontram na lei a solução para os litígios, sem margem significativa para a utilização de soluções extralegais e, portanto, centralizadas na composição e regulamentação dos conflitos.

O Código Civil vigente trouxe a marca do antigo Direito Comercial para o Direito Civil, mediante a valorização dos usos e costumes, aumento do papel da boa-fé, proporcionando maior flexibilidade para o conjunto normativo do Código Civil.

³³ Tullio Ascarelli menciona que a razão determinante desse fenômeno é o fato de que “os problemas do Direito Comercial se coadunam com os problemas mais debatidos de nossa época, como os que respeitam ao intervencionismo estatal e à liberdade de iniciativa, à socialização e à propriedade privada; de outro lado, entretanto, a estrutura técnica dos institutos do Direito Comercial, parece, com freqüência, participar daquela “neutralidade” que é peculiar à técnica, numa medida maior do que acontece com os institutos do Direito Civil”. ASCARELLI, Tullio. *Panorama...*, p.52.

³⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Ainda é preciso demonstrar o que anteriormente foi afirmado, que de nada serve distinguir Direito Civil de Direito Empresarial, se da distinção não resultam conseqüências jurídicas relevantes, o que se pode ver pela unificação legislativa do regime obrigacional.

3 A UNIFICAÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O DIREITO DA EMPRESA E A FUNCIONALIZAÇÃO DOS MODELOS JURÍDICOS

A função social dos contratos foi concebida no Código Civil tendo como pressuposto a unificação legislativa do Direito das Obrigações. A funcionalização da liberdade de contratar realizada pelo artigo 421 do Código Civil exigiu o reconhecimento da “teoria da empresa” como elemento determinante para a unificação das obrigações civis e mercantis.

Sem as pretensões de Teixeira de Freitas,³⁵ os integrantes da Comissão Elaboradora mantiveram a unidade do “Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”.³⁶

Dentro dessa diretriz considerou-se como “desdobramento natural do Direito das Obrigações” a “parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral”, salvo as matérias que exigem uma disciplina autônoma como é o caso da falência, letra de câmbio “e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam”.³⁷

Reale foi expresso na exposição de motivos ao afirmar que não se buscou um “Código de Direito Privado” por detrás do nome “Código Civil”: “na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, conforme a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde Teixeira de Freitas e Inglês de Sousa até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964”³⁸.

Essa referência já havia sido feita na exposição de motivos do anteprojeto de Código de Obrigações apresentado em junho de 1964 por Sylvio Marcondes que na época integrava a comissão responsável por tal tarefa, sob a coordenação de Caio

³⁵ Sobre a obra de Teixeira de Freitas, ver MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas o Jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983. CARVALHO, Orlando. *Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1984, p.8 e ss. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *A codificação de Teixeira de Freitas*. Revista Forense, v. 76 e 77, 1939. SALDANHA, Nelson. *História e Sistema em Teixeira de Freitas*. Revista de Informação Legislativa, n. 85, 1985. VALADÃO, Haroldo. *Teixeira de Freitas. Jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo*. Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n. 76, dez 1960. CARNEIRO, Levi. *Prefácio do esboço. Estudo crítico biográfico*. Rio de Janeiro: Ed. Ministério da Justiça, 1952.

³⁶ REALE, Miguel. Exposição de Mo ivos. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p.114.

³⁷ Idem, *ibidem*, p.114.

³⁸ Idem, *ibidem*, p.116.

Mário da Silva Pereira.³⁹ Além disso, o jurista argumentou pelo exemplo do direito comparado, indicando Suíça e Itália.

O determinante da unidade do regramento do Direito Obrigacional foi a adoção do conceito de funcional de empresa, em razão da proposição de Orlando Gomes, mentor⁴⁰ de tal concepção na proposta de reforma dos códigos que foi iniciada na primeira metade da década de 1960-70.⁴¹

Embora o projeto de Código Civil de Orlando Gomes e o de Código das Obrigações do qual participou tenha sido arquivado, o conceito de empresa tal qual foi concebido no atual Código Civil sofreu forte influência de sua visão social, que afirmava a necessidade de que a empresa cumprisse com sua função social.⁴² Em certa medida a adoção da Teoria da Empresa faz parte de um movimento jurídico de combate ao voluntarismo, já que consiste em uma “estrutura normativa objetiva”.⁴³

A ligação entre a adoção do conceito de empresário constante no artigo 966 e a função social dos contratos é muito forte, pois uma disposição como a do artigo 421 somente tem sentido naquelas relações jurídicas estabelecidas em razão das

³⁹ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.130. Debaixo do título “Da atividade negocial: empresários e sociedades”, Sylvio Marcondes transcreveu a exposição de motivos referida, publicada originalmente em edição do Serviço de Reforma de Códigos, da Comissão de estudos Legislativos, do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. “O propósito uniformizador, que ora se manifesta na elaboração legislativa brasileira, recebe estímulo de dois autorizados precedentes, cujo eco ainda perdura, a obra pioneira de Teixeira de Freitas e os projetos de Inglês de Souza. Aquê, evoluindo do Esboço de Código Civil, para o plano dos códigos unificados; este, oferecendo, ao lado do Projeto de Código Comercial, o de emendas destinadas a transformá-lo em Código de Direito Privado”.

Na elaboração do anteprojeto de Código das Obrigações, informou outros subsídios utilizados: “E se utiliza, o quanto pode, dos inestimáveis subsídios que lhe prestam os trabalhos dos precedentes projetos e anteprojetos brasileiros, especialmente: o projeto, já mencionado, de Inglês de Sousa; o substitutivo, demoradamente elaborado no Senado Federal, enriquecido pelo que lhe ofereceu Vieira Ferreira, compendiados e aperfeiçoados no esboço de Florêncio de Abreu; os projetos de lei das sociedades anônimas de Clodomir Cardoso, e o anteprojeto de sua revisão, por Gudesteu Pires; o projeto das sociedades comerciais, de Waldemar Ferreira; além de outros, ...”. Idem, *ibidem*, p.134.

⁴⁰ A afirmação de que Orlando Gomes foi o “mentor” dessa proposição tem origem na obra de MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p.137. Endossa tal afirmação a participação e subscrição de Orlando Gomes na exposição de motivos do Código de Obrigações apresentada para o Ministério da Justiça elaborada por Caio Mário. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Relatório. Projeto de Código de Obrigações*. Rio de Janeiro: Serviço de Reforma de Códigos. Comissão de Estudos legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1965.

⁴¹ Segundo esclareceu Asquini – apresentando o fenômeno econômico de empresa, perante o direito, aspectos diversos, não deve o intérprete operar com o preconceito de que ele caiba, forçosamente, num esquema jurídico unitário, de vez que empresa é conceito de um fenômeno econômico poiédrico, que assume, sob o aspecto jurídico, em relação aos diferentes elementos nele concorrentes, não um, mas diversos perfis: subjetivo, como empresário, funcional, como a ividade; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição.

O perfil funcional da empresa vem de se revelar, no projetamento da reforma dos códigos nacionais, pela mão do ilustre autor do anteprojeto de Código Civil, Prof. Orlando Gomes, ao estabelecer preceito concernente à propriedade sob forma de empresa, assim fundamentado na exposição que fez dos lineamentos gerais do seu trabalho: (...) O direito moderno empresa relevo aos atos ordenados a escopo único, unificados sobre o plano funcional da unidade de fim, submetendo a “atividade”, em conjunto, a normas, regulando-a em suma, como comportamento e pressuposto de efeitos jurídicos (...) Por sua finalidade, não interessa apenas a seu proprietário, mas, em grau maior ou menor, a outros e, em última análise, à comunidade”. MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p.138.

⁴² Idem, *ibidem*, p.138.

⁴³ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1997, p.207.

atividades econômicas organizadas “sobre o plano funcional da unidade de fim”, as quais têm o contrato como instrumento de sua concretização.⁴⁴

Já na época discutia-se e pensava-se sobre a dimensão transindividual ou comunitária da disciplina da empresa, tendo em vista a conjugação de todos os fatores da produção, temas que atualmente são associados ao princípio constitucional da solidariedade social previsto na Constituição Federal, no artigo 3º, III, parte final.⁴⁵

Não é possível conceber uma disposição como a do artigo 421 do Código Civil em um sistema similar ao Código Civil de 1916, em que o papel do Código era o de regular exclusivamente relações paritárias.

A necessária integração sistemática das normas gerais do Direito Contratual com os contratos celebrados no âmbito das relações de consumo, submetidos à Lei de Abuso do Poder Econômico, etc., exige uma disposição com mobilidade e orientada por princípios jurídicos compatíveis.

É contrastante o grau de regulação legal dos contratos típicos e eventualidade das relações que caracterizam as relações paritárias, com o baixo grau de regulação legal, tipicidade social e habitualidade das relações empresariais e de consumo.

O tratamento unificado sob o ponto de vista legislativo visava somente à parte geral das obrigações, tendo sido estendido para a matéria relativa às sociedades em razão dos reflexos sobre a matéria, pois se considerou que o Direito Empresarial constitui-se em uma espécie de projeção e especificação das relações obrigacionais.⁴⁶

Também foram tratados os títulos de crédito de uma maneira geral, deixando-se de fora o Direito Cambial, a ser regido por lei especial, assim como as Sociedades por Ações.

Embora não tenha havido uma deliberação expressa, foram objeto de regulamentação no Código Civil todos os modelos do Direito Empresarial que podiam ser tratados de maneira unitária com modelos do Direito Civil, que são fundamentalmente as normas gerais do direito das obrigações e dos contratos. Modelos normativos como os títulos de crédito e mesmo o Registro do Comércio somente receberam referências, com remissão expressa para legislação especial.

⁴⁴ GOMES, Orlando. *Exposição de motivos*. In: MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p.138. Orlando Gomes afirma que “cumpre reconhecer que é sob esse aspecto que mais incisivamente se afirma a originalidade do novo conceito de propriedade, aquele que, apresentando-se o seu exercício sob a forma de empresa, revela a necessidade de transportar para o plano normativo o sentido funcional que se lhe pretende emprestar. A função social que se quer atribuir ao proprietário há de ter como pressuposto a incidência do seu direito sobre um bem de produção, utilizado sob a forma de empresa”. GOMES, Orlando. *Código Civil. – Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.48, trecho da exposição de motivos.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judi h. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, agosto/setembro de 2004, p.17.

⁴⁶ REALE, Miguel. *Memórias v. 2 – A Balança e a Espada*, p.222. Na primeira publicação do projeto, realizada em 1972, na exposição de motivos Reale acentua que “a inclusão da Atividade Negocial no corpo do Código Civil, logo após o Direito das Obrigações, longe de destoar da ordenação geral, com esta plenamente se harmoniza, pela simples e fundamental razão de que constitui uma projeção e especificação das relações obrigacionais, notadamente sob a forma de atividade empresarial”. REALE, Miguel. Carta datada de 23 de maio de 1972. In: REALE, Miguel e outros. *Anteprojeto de Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos, 1972, p.21. Esse não é o texto enviado para a Câmara dos Deputados como exposição de motivos.

A questão da unificação das obrigações civis e mercantis não foi somente objeto de discussão no âmbito da comissão, mas também foi tema de debate na Câmara dos Deputados, quando foi apresentada emenda para constituir um “Código das Obrigações”. Tancredo Neves, autor da emenda, propôs a manutenção da proposição de um Código das Obrigações, assim como sugeriu a criação de um Código dos Títulos de Crédito, com “Denúncia da Convenção de Genebra de Lei Cambial e de Cheques, uniformes”, fundamentado nos princípios que orientaram o projeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira.⁴⁷

O parecer contrário do Relator Especial e do Relator Geral foi a afirmação de que tal emenda compromete todo o projeto, que compreende o “Código Civil como lei básica, mas, não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz consagrada, neste ponto, desde o anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965”.⁴⁸

A atribuição da condição de “lei básica” ao Código Civil está relacionada diretamente com a caracterização do Código Civil como “eixo” do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que disciplina de maneira unitária as obrigações civis e mercantis, o faz de modo flexível, permitindo a preservação das particularidades de cada uma das matérias e, inclusive, de outras áreas que não o Direito Civil e Empresarial, como é o caso do Direito do Consumidor.

A consequência dessa concepção resultou na estruturação dos artigos 421 a 426, que disciplinam “o Direito Contratual”, ou como diz o próprio Título V, “Dos contratos em geral” e não os contratos no seio do Código Civil.

Isso provoca a ampliação da eficácia do artigo 421 do Código Civil para além do próprio Código, já que este é o “eixo” do sistema de Direito Privado.

A repetição das diretrizes fixadas pela comissão pelos membros do legislativo responsáveis pelos relatórios especial e geral serve para exemplificar a força que foi atribuída às diretrizes do Código Civil durante o processo legislativo. As escolhas feitas pelos membros da Comissão Elaboradora do anteprojeto foram novamente postas em discussão em diversos momentos, com interregno de anos entre uma e outra, como no caso da discussão a respeito da Emenda n. 304, de autoria de Tancredo Neves, um dos mais influentes Deputados brasileiros da época, apresentada em 1975, discutida e votada nos anos de 1983 e 1984.

Em relação a este ponto foi importante a atuação de Sylvio Marcondes, comercialista por meio de quem muitas das idéias de Waldemar Ferreira foram acolhidas no Código

⁴⁷ NEVES, Tancredo. Jus ificação da emenda n. 304. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p.233.

⁴⁸ DINIZ, Raymundo. Relatório Especial do Direito das Obrigações da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p.628. e SATYRO, Ernani. Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados. *Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento*, 14.09.1983, p.552.

Civil.⁴⁹ As idéias de Waldemar Ferreira assumem relevância especial no trabalho principalmente em razão do tratamento unitário “das operações mercantis e os títulos de crédito”,⁵⁰ além da caracterização e distinção entre empresa e empresário, bem como da contraposição entre empresa e estabelecimento comercial.

Ou seja, foi por uma razão prática que se decidiu inserir o Direito Empresarial no Código Civil.⁵¹ Mas embora a razão da inserção tenha sido prática, a concepção acolhida foi a de Waldemar Ferreira, mediante a atuação pessoal e direta de Sylvio Marcondes na conformação da empresa, do estabelecimento e do empresário. O estabelecimento como universalidade jurídica, formado pelo complexo de bens tangíveis e intangíveis. A empresa que consiste na própria atividade de circulação de bens e serviços, bem como de geração de riquezas, tendo como seu instrumental o estabelecimento. O empresário como pessoa natural ou jurídica que realiza o exercício da atividade empresarial.⁵²

Essa concepção, posta no artigo 966 do Código Civil, põe o contrato como elemento central de todo o sistema, já que a caracterização do empresário e da empresa estão vinculados diretamente a exercício profissional da atividade econômica para “circulação de bens ou de serviços”.

O contrato condicionado pela sua funcionalidade é o instrumento por excelência da liberdade de exercício da atividade econômica e, portanto, do exercício da atividade empresarial. Da maneira como foi estruturado o sistema do Código Civil não havia possibilidade de uma disciplina da empresa, pois esta é “a atividade”, e a “atividade empresarial” é realizada por meio dos contratos. Portanto, a disciplina dos contratos é a disciplina da empresa quando realizada por meio de empresário.

⁴⁹ Sylvio Marcondes Machado foi aluno de Waldemar Ferreira e seu sucessor na cadeira de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Professor Waldemar Ferreira*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, volume LX, 1965, p.47 – 67.

⁵⁰ Idem, ibidem, p.58: “Os títulos de crédito, documentos formais que o direito criou para acelerar o tráfico – desde a medieval *lettera di pagamento di cambio*, até a moderna *duplicata*, original criação brasileira – são papéis emitidos pela força de contratos cuja composição jurídica de muitos séculos os antecedeu. Essa diferença de anciandade estabelecia, como regra generalizada entre os autores, a dicotomia do estudo dos contratos e dos títulos. Pois bem. No volume sobre As Operações Mercantis e os Títulos de Crédito o mestre paulista refundiu o sistema clássico, para conjugar o exame das duas matérias. Não importou o contraste, do subjetivismo das relações contratuais, com a literalidade e autonomia dos títulos; ambos têm sua matriz no mesmo interesse econômico, e os princípios fundamentais, que guiam a dinâmica destes, estão informados pela substância daquelas. Não há conhecimento sem transporte, *duplicata sem venda*, *warrant sem depósito*”.

⁵¹ Ver nota 46.

⁵² “... o ensinamento do mestre, assim precisamente sintetizado na sua forma final: “Revela o exame das três situações em apreço, como já se demonstrou até graficamente, similitude com a que se encontra em círculos concêntricos. Tem-se, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aqueles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se no centro os bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento, como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica, que as haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros, pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos. (...) Enquanto o estabelecimento se pluraliza, desdobrando-se, a empresa contrai-se, tomando o lugar do proprietário dos estabelecimentos, agindo e operando como se fosse ele, quando não mais é do que sua sombra ou reflexo”. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Professor Waldemar Ferreira*, p.64.

Apesar dessa unificação, é importante, também, a observação de Reale a respeito da preservação da autonomia científica do Direito Civil e Direito Comercial:

Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos, que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial.⁵³

Ao fazer tal afirmação, Reale menciona que a unificação não foi doutrinária (científica), mas meramente legislativa: “no caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da técnica da legislação aditiva, onde e quando julgada conveniente”.⁵⁴ A autonomia científica do Direito Empresarial continua existindo, com suas particularidades, não obstante a unificação legislativa sob o manto de um corpo legislativo denominado Código Civil.

Ademais, a comissão considerou pela exposição de motivos de Sílvio Marcondes que a realidade já havia unificado as obrigações civis, seja pela regra do artigo 121 do Código Comercial que mandava aplicar aos contratos comerciais as regras civis, seja pelo advento do Código Civil de 1916 que aplicava as regras negociais sempre que não houvesse dispositivo legal específico.⁵⁵

A vinculação entre o reconhecimento jurídico do fenômeno econômico da empresa com a recepção de uma concepção econômico-social do contrato não são mera coincidência, mas técnica legislativa de tornar o direito mais “aderente” à realidade. Fenômeno similar ocorreu no âmbito do Direito italiano, ao qual Galgano atribuiu o nome de “método da economia: a forma jurídica deve corresponder à substância econômica do fenômeno regulador do direito; os conceitos jurídicos devem ter como ponto de partida os conceitos econômicos”.⁵⁶

Isso não significou transformar o direito da empresa em um direito da economia, mas de estruturá-lo de maneira que possa acolher os novos modelos jurídicos de uma sociedade em que a economia é regulada pelo Estado.

A conexão entre função social dos contratos e o Direito Empresarial é um dos pontos de ligação entre funcionalidade e socialidade dentro do Código Civil. Todavia, ambos possuem ligações com a parte geral do Código, onde foram depositados os princípios regentes de todo o sistema.

⁵³ REALE, Miguel. *Exposição de Motivos...*, p.116.

⁵⁴ Idem, *ibidem*, p.116.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p.116. Trata-se de idéia de Sílvio Marcondes citado por Reale.

⁵⁶ GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico. Trattato...*, p.25. Tradução livre.

4 A RELAÇÃO ENTRE A “EMPRESA” E O DIREITO CONTRATUAL

A disciplina destinada a substituir o “Direito Comercial” tem sido denominada “Direito Empresarial” por boa parte dos autores, enquanto outros denominam a mesma disciplina de “Direito da Empresa”.

Embora a designação da disciplina não nos explique o seu conteúdo, é indiscutível que a matéria exige que se dedique minimamente a atenção do jurista, tendo em vista que o art. 966 do Código Civil está dentro do Livro II, intitulado “Do Direito da Empresa”. O mesmo artigo está sob o Título I, que define o “Empresário”, sua caracterização, inscrição, etc.

Seguindo-se na estrutura do Código tem-se o título dedicado ao Direito Societário, que engloba não só as sociedades empresárias, mas também as sociedades simples, o estabelecimento e ao final, os institutos ditos complementares, tais como o nome empresarial, escrituração, etc.

Em outras palavras, apesar de o Livro II do Código Civil ter sido denominado de “Direito da Empresa”, não há uma só disposição legal que trate propriamente “da empresa”.

O art. 966, numa análise conjunta com o art. 1.142, traz elementos para indicar que a concepção de “empresa”, “Empresário” e “estabelecimento” adotou a concepção de Asquini.⁵⁷ Não só porque isso é dito expressamente por Sylvio Marcondes,⁵⁸ membro da Comissão elaboradora, mas porque o entrelaçamento entre os conceitos resulta na adoção de tal concepção.

No art. 966 o Empresário é definido como sujeito, bem como o Estabelecimento é definido como substrato econômico da ação do empresário, identificado no art. 1142.

E, em ambas as disposições legais, a “empresa” é definida como “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços”. O art. 1142 é expresso em identificar a empresa como “atividade”, já que menciona o “exercício da empresa”.

Porém, como se dá o “exercício da empresa”? Que atividade é própria do empresário?

A resposta não está no Livro II, mas no Título VI, do Livro I da Parte Especial do Código Civil, que é o capítulo dedicado aos Contratos.

O exercício da atividade empresarial se dá, fundamentalmente, pela celebração de contratos, já que o exercício de qualquer atividade econômica somente pode ser viabilizado no sistema jurídico pátrio por meio da celebração contínua de contratos.

⁵⁷ ASQUINI, Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, v. 41, parte prima, p.1- 20. O texto também se encontra publicado na Revista de Direito Mercantil, n. 104, p.109 – 126, com tradução realizada por Fábio Konder Comparato.

⁵⁸ MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*, p.138.

O próprio conceito de contrato como “veste jurídica das operações econômicas”⁵⁹ revela que no direito privado moderno a regulamentação das atividades econômicas é realizada através da celebração de contratos. Em outras palavras, a “atividade profissional” do empresário é contratar.

Não se está dizendo que o Direito Empresarial coincide com o Direito Contratual, mas que a “empresa” enquanto conceito econômico tornado central pelo nascimento de um “Direito da Empresa” ou “Direito Empresarial” é regulado pelo Direito Contratual no regime da unificação das obrigações civis e mercantis.

A histórica circunscrição do Direito Comercial à teoria dos atos do comércio tinha como critério definidor do âmbito da disciplina a celebração do contrato de compra e venda de bens móveis, os contratos que lhe são conexos e os atos assim qualificados por lei.⁶⁰

A caracterização dos “atos de comércio” dava-se pela identificação dos “contratos” que historicamente eram celebrados pelos comerciantes, no exercício de sua atividade profissional, todos ligados ao mercantilismo (e por consequência, os contratos conexos, como o seguro, transporte, etc.) enquanto fato econômico determinante de certo momento histórico.

A teoria da empresa deixa de lado a “espécie” de contrato que é celebrado para dizer que toda atividade econômica “organizada” realizada por meio da celebração contínua de contratos (o que caracteriza o exercício profissional ou habitual) identifica a atividade empresarial.

Não interessa se o contrato é uma prestação de serviços, compra e venda de imóveis ou mútuo. Se o contrato for celebrado como meio para a realização da atividade econômica para a qual se dedica o empresário, trata-se de um contrato empresarial, sem prejuízo de esse contrato ser regulado por algum microssistema específico, como é o caso das relações de consumo, transporte aeronáutico, etc.

O “exercício da empresa” de que trata o art. 1142 não se dá pelo simples empreendedorismo econômico, pela fabricação de coisas, pela invenção ou pela transformação.

Essas atividades econômicas não caracterizam propriamente a atividade empresarial. A invenção, a fabricação, a construção e a transformação são reguladas pela lei do Direito Autoral, pelos diversos capítulos do Direito das Coisas que regulamentam a aquisição da posse, da propriedade ou do exercício dos direitos decorrentes do ato de transformação.

⁵⁹ A expressão de ROPPO, Enzo. *O contrato*. p.19. Antes de Roppo há antecedente dessa característica do contrato na obra de Emilio Betti no *Novissimo Digesto Italiano*. BETTI, Emilio. *Negoziio Giuridico. Novissimo Digesto Italiano*, p.209 e ss.

⁶⁰ O Regulamento 737, de 1850, definia mercancia; “§1º. A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes, para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; §2º as operações de câmbio, banco e corretagem; §3º. As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; 4º os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; §5º a armação e expedição de navios”.

O que caracteriza a empresa é a celebração contínua de contratos para aquisição de matéria prima, de emprego, de fornecimento de equipamentos, para posteriormente celebrarem-se contratos de venda das mercadorias produzidas.

Embora existam atividades econômicas como é o ato de construir ou plantar, que produzem conseqüências jurídicas sob o ponto de vista econômico, o critério definidor da atividade empresarial é a “atividade negocial”, tal como consta na primeira redação do projeto de Código Civil, que em vez de “direito da empresa” denominava o mesmo capítulo como “atividade negocial”.

O argumento usado para alterar a denominação do livro foi pertinente, pois considerou-se que a atividade negocial não se esgotava naquele capítulo, já que fundamentalmente estava desenvolvida no âmbito do Direito Contratual.

Pois bem, a unificação das obrigações civis e mercantis estruturou sistematicamente o direito contratual como um capítulo do direito empresarial quando o contrato for um daqueles pelos quais realiza-se o “exercício da empresa”.

O resultado dessa conclusão é que embora tenha ocorrido uma unificação legislativa, ainda há uma separação lógico-sistemática entre os contratos civis e empresariais.

A estrutura legal é praticamente a mesma, embora exista uma separação sistemática que modifica substancialmente a forma de incidência e aplicação das regras do direito contratual, conforme se estiver tratando de um contrato empresarial ou um contrato civil.

5 CONCLUSÃO

Embora possa parecer paradoxal, a unificação legal das obrigações civis mantém um regime diferenciado para os diferentes modelos jurídicos. Entre outras modalidades, continua vigente no nosso direito o regime da compra e venda mercantil, assim como de uma compra e venda das relações de consumo, em verdadeira multifuncionalidade de um determinado modelo jurídico.

Essa diferença não está somente no regime diferenciado dos vícios redibitórios, ou na possibilidade de emissão de duplicatas, do regime diferenciado da oposição de exceções, ou até mesmo na consideração de que o acordo sobre o preço não é *essentialia negotia* na compra e venda empresarial.

A diferença está na adoção de uma concepção de liberdade contratual que reflete na sua mais extensa profundidade a expressão de Enzo Roppo, segundo o qual o “contrato é a veste jurídica das operações econômicas”.⁶¹

Ou seja, a estruturação do sistema contratual no Código Civil vigente não instaurou um regime absolutamente novo, mas recepcionou a longa trajetória de construção das regras que disciplinam a compra e venda, bem como tratou de unificar sistematicamente as

⁶¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. p.19.

duas áreas do Direito Privado para submetê-lo a um regime principiológico comum, com uma forte tônica no princípio da socialidade positivado no art. 421 do Código Civil.

E, a compreensão do Direito Privado como fenômeno cultural cuja construção se dá ao longo da história, conforme o desenvolvimento da própria civilização, exige que o jurista respeite as peculiaridades técnicas de cada um dos contratos supra-examinados, pois o exercício da liberdade contratual se dá primeiramente no mundo dos fatos (em um sentido lógico, não cronológico) para então ser recepcionada pelo direito.

A unificação sistemática não matou a diversidade cultural, tampouco representou limitação à liberdade contratual, que foi recepcionada com sua natural socialidade.

Por isso, embora os diferentes contratos tenham sido disciplinados sobre um regime legal comum, os diferentes “modelos jurídicos” permanecem com suas características peculiares, tais quais foram sendo construídas pelo processo cultural ao longo da história. E, esse “ato preservativo” do legislador está conforme com a idéia de que no âmbito das relações privadas uma ordem baseada no princípio do estado democrático de direito precisa preservar a autodeterminação e a liberdade no plano das atividades econômicas, que sob o ponto de vista normativo são realizadas por meio das regras da autonomia privada.

Em outras palavras, a liberdade contratual sob o ponto de vista jurídico é o reflexo da experiência social, ligada com fatos e exigências valorativas decorrentes da vida econômica. E essas exigências selecionam um conjunto de elementos, de ordem histórica, social, valorativa e normativa, que determinam o conteúdo normativo diferenciado para os modelos jurídicos, conforme sejam eles realizados para instrumentar uma relação empresarial ou civil.