

Espaço Discente

DA INOCUIDADE DE UM NOVO CÓDIGO COMERCIAL

BRUNO MARQUES BENSAL

1. Linhas gerais. 2. Da análise crítica do suposto escopo do Projeto. 3. Do art. 17, I, do PL 1.572/2011 e sua impropriedade sistêmica. 4. Dos méritos do Direito Comparado na evolução do Direito Comercial. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia.

1. Linhas gerais

Está em voga o debate acerca do “novo” Código Comercial, com embrião no Projeto de Lei 1.572/2011, de autoria do Exmo. Senhor Deputado Vicente Cândido. E vem já no ímpeto de desvencilhar em apartado nossa regulação compilada de direito de empresa, atualmente no Código Civil (arts. 966 a 1.195), tanto é que seu art. 2º praticamente repete o art. 966 do nosso Código Civil.

Mal concebido foi o nascituro, o debate tomou fôlego notável. Defende um de seus principais apoiadores, o Professor Fábio Ulhôa Coelho – Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica – que a regulamentação nascente possuiria como principais méritos a desvinculação à ideologia italiana de Natalino Irti,¹ sobretudo se considerarmos que este redigiu doutrina aplicável ao direito de seu país, e sua atenção aos princípios de Direito Comercial.

Todavia, demonstrar-se-á nos itens subsequentes, não se pensa ser essa a me-

lhor concepção sobre os microssistemas ou sobre os princípios dessa ciência jurídica; nem sequer se sustenta o posicionamento quanto ao Direito Comparado. Não nos parece necessário um novo Código, mas sim exercícios hermenêuticos mais intensos sobre os microssistemas com que devemos trabalhar. Destaca-se, nesse sentido, que a CF/1988 aborda o foco na consideração econômica, principalmente nos arts. 170 e 192, de sorte que se entende que o mercado é um patrimônio político-jurídico e deve ser protegido.

Mais eficiente nos parece uma interpretação dos problemas de Direito Mercantil à luz do caráter macroanalítico cujos subsídios são alumiados pelo Direito Econômico. Ambos os ramos – o Direito Econômico e o Direito Comercial – são frutos da história da própria funcionalização do Direito.

De outra sorte, se o problema dos princípios é o que visa resolver o projeto de novo Código Comercial, não parece crível que o problema seja advindo da crítica que foi feita pelos seus apoiadores à unificação do direito privado com o Código de Civil de 2002, sobretudo por certas esco-

1. Natalino Irti, *L'Età della Decodificazione*, 1979.

lhas adotadas pelo PL 1.572/2011, que se apontará – não à exaustão – adiante. Não parece, ademais, que o problema se resolve com a enumeração, ainda que exemplificativa, de tais máximas.

Demonstrar-se-á que a eficácia do Direito Comercial é questão concernente à melhor hermenêutica, exercício eterno do jurista. Diferentemente do negócio jurídico ineficaz, a promulgação de um novo Código não comporta a hipótese de *conversão substancial*,² embora similar efeito tenha ocorrido com a retaliação histórica que sofreram os diplomas que tentaram disciplinar de forma engessada o Direito Comercial.

Analisado o projeto de uma perspectiva psicológica da teoria do mercado, demonstrar-se-á que não é um diploma normativo que confere a satisfação às expectativas volitivas dos *players*. A crítica abordará, inevitavelmente, em todos os seus itens, a *ratio* do referido projeto, isto é, sua função econômico-social³ e jurídica.

2. Da análise crítica do suposto escopo do Projeto

Intenta o referido projeto de lei uma base principiológica a servir de guia para o Direito de Empresa no ordenamento jurídico brasileiro. Teme-se que o dito novo Código, visando consolidar as matizes econômicas que tantas mudanças ensejaram no direito positivo empresarial progresso,⁴ acabe por se afogar em suas próprias expectativas, dado que quando se trata das regras que regem a empresa, e, portanto,

de um direito fundado nos usos e costumes, sua intenção seja suplantada pela grande velocidade que atingiu a evolução dos processos econômicos. Nesse sentido, entende a Professora Rachel Sztajn:⁵ “Mesmo que ao jurista não agrade o largo emprego da matemática de que se servem os economistas para modelarem os fenômenos por eles examinados; que à sua forma de pensamento oponham forte resistência; que *há valores comportamentais e princípios éticos, fundamentais para os juristas*, colocados por vezes, em plano secundário na visão dos economistas – os quais, alega-se, estão preocupados apenas com a eficiência na circulação da riqueza; tudo isto *não justifica a separação extremada entre estas duas áreas do conhecimento*”.

Dois pontos são de fundamental importância no excerto de Sztajn: (i) o caráter principiológico com que o jurista tem interpretado um braço do direito movido pelos usos e costumes e (ii) a conexão umbilical entre economia e direito, sobretudo em área que vise o bom exercício da atividade empresarial e, portanto, o lucro. Ambos os pontos merecem explicação conjunta, até porque, parece-nos difícil desvencilhar-lhes.

O referido projeto de lei avoca em seus arts. 4º a 8º normas de caráter principiológico direto – além de em todo o Livro II, Título I, Capítulo I – sobretudo em seu art. 113,⁶ tentando reforçar os pilares que movem a atividade empresarial jurídica e economicamente concebida. Outro não poderia ser o entendimento de Oscar Barreto

2. Sobre o conceito de conversão substancial, v. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4ª ed., 7ª tir., 2010.

3. Antônio Junqueira de Azevedo, *ob. cit.*, p. 153.

4. Em termos de sociedades anônimas, a evolução se deu da seguinte forma: em 1860, tivemos nossa primeira lei das sociedades anônimas – Lei 1.083, de 22 de agosto de 1860; em 1940, tivemos o Decreto-lei 2.627/1940 e, posteriormente, a atual Lei 6.404/1976.

5. Rachel Sztajn, “A incompletude do contrato de sociedade”, *Revista da Faculdade de Direito da USP* 99/283-302. Grifos nossos.

6. “Art. 113. São princípios do direito comercial societário: I – liberdade de associação; II – autonomia patrimonial da sociedade empresária; III – subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; IV – limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como proteção do investimento; V – prevalência da vontade ou entendimento da maioria nas deliberações sociais; VI – proteção dos sócios minoritários”.

Filho,⁷ já à época de sua cátedra: “A nova colocação do direito comercial, que tem o fulcro na organização da atividade econômica, encontra sua ideia-força no conceito de empresa”.

Mais ainda: o próprio art. 2º do referido Projeto de Lei⁸ começa com a conceituação de empresa. Não se trata, obviamente, de um conceito acabado, mas sim do norte que o Código Civil já nos se afigura. De toda forma, tem-se translúcida a ideia que o conceito de empresa exerce poder irradiador sobre a forma com que se organiza e disciplina o Direito Comercial. Trata-se, portanto, de uma ciência de realidade, vez que seu núcleo advém de um conceito que o empirismo continuamente lapida.⁹ Esse afã pela realidade tem sido perscrutado pela doutrina da *Common Law* também. Nesse sentido, Kraakman¹⁰ *et alli*: “The corporate form has the same fundamental legal features around the world: legal personality, limited shareholder liability, transferable shares, centralized (and delegated) management and investor owner-

ship. These features shape the agency problems that corporate law must address, and they create the domain in which a functional framework for comparative corporate law makes sense. We do not believe that all of corporate law is functional or ‘efficient’”.

A posição de Kraakman nos leva à indagação acerca da funcionalidade ou eficiência do citado novo Código Comercial. Não estaria ele sujeito às mesmas dilapidações que os sistemas pretéritos, haja vista, a velocidade com que as relações econômicas têm exercido crescente influência sobre as diversas necessidades se poderia vislumbrar como patente algoz? Ronald Coase já elucidava em seu *The Nature of the Firm*,¹¹ de 1939, “um economista pensa o sistema econômico como sendo coordenado pelos mecanismos de preço e a sociedade se torna não uma organização, mas um organismo. O sistema econômico ‘trabalha sozinho’. Isso não significa que não haja planejamento pelos indivíduos. Estes exercitam a previsão [*das flutuações de mercado*] e escolhem entre alternativas. Isso é necessário, vez que se há de ordenar o sistema”.

Ou seja, um economista, e, portanto, também um intérprete do direito de empresa trabalha com a redução dos custos de transação. Tenta-se modular a estrutura, v.g., dos contratos empresariais, visando atender às novas formas de organização da empresa moderna.¹² Assim, o trabalho de ourives que tem sido feito pelo legislador ordinário, tem tido considerável sucesso, de sorte que conta nossa Lei das Socieda-

7. Oscar Barreto Filho, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, p. 28.

8. Note-se que o conceito não vai muito além de uma generalização do que já concebia o Regulamento 737/1850, *in verbis*: “Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º. A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2º. As operações de cambio, banco e corretagem; § 3º. As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; § 4º. Os seguros, fretamentos, risco e quaesquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5º. A armação e expedição de navios” (in Paula Andrea Forgioni, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*, p. 41).

9. Vivante já asseverava que: “È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà” (Cesare Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. I, 5ª ed., 3ª reimpr., p. X).

10. John Armour, Henry Hansmann e Reinier Kraakman, *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*, 2ª ed., pp. 305 e ss.

11. Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, vol. 4, n. 16, p. 387 (tradução livre), texto disponível em <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>.

12. “The problems of a complex corporate system in the modern industrial age have outstripped traditional corporate law, shaped long ago under very different conditions” (Phillip I. Blumberg, “The corporate entity in an era of multinational corporations”, *Delaware Journal of Corporate Law* 15/284, 1990, *apud* Eduardo Secchi Munhoz, *Empresa Contemporânea e Direito Societário*, p. 1).

des Anônimas, hoje, com 35 anos, assim como nossa Lei de Mercado de Capitais – Lei 6.385/1976.

Teme-se, portanto, que a codificação venha a ensinar um natimorto sistema a ser lapidado como nos conta a história; acresça-se, ainda mais rapidamente, com fulcro em teorias como a de Engrácia Antunes (1993), para quem “a reação das estruturas jurídicas [*face à evolução das estruturas econômicas*] ainda não viu a luz do dia”. Vislumbra-se um novo inverno russo, grande vencedor de guerras. Um Código tende a engessar conceitos, o que, de fato, não se deseja.

Explica-se. O Projeto de Lei dedica um *capítulo* (Título II, Capítulo I) para *definir* empresário e outro *capítulo* (Título II, Capítulo II) para *definir* o empresário individual. Não obstante a já aludida malfadada solidificação de conceitos líquidos ao sabor da economia – dos usos e dos costumes, por óbvio e consequente –, veja-se que uma definição cimentada de empresário individual gera dúvida. Se tiver o escopo da segurança jurídica, para tanto, a Lei 12.441/2011 já criou semelhante figura, sem engessá-la, alterando o Código Civil, fazendo-se inserir o art. 980-A.¹³

Veja-se que Sylvio Marcondes Machado já lecionava que tal tipo societário é/era advindo da circunstância de que a lei havia sido ultrapassada pelos fatos, surgindo-se os ditos *testas de ferro*. Diz o saudoso Professor, após mencionar que o tipo se deu pelo ventre das condições em que se aperfeiçoa a vida econômica, em apontamentos à obra de Antônio de Arruda Ferrer Correia, com a propriedade que lhe é notória:¹⁴ “A atitude do legislador [*suiçõ*

– *que desenvolveu a ideia de sociedade de responsabilidade limitada – Gesellschaft mit beschränkter Haftung – abreviando-se, G.m.b.H.*], ao permitir a limitação da responsabilidade, quando haja relações de sociedade, deve-se notadamente ao fato de que a responsabilidade limitada é, tecnicamente falando, mais fácil de se realizar nas sociedades do que no comércio individual, pois aquelas oferecem sempre um substrato, apropriado à existência de uma pessoa jurídica, expressiva da situação econômica de responsabilidade limitada, o que não ocorre, ao menos na aparência, com a empresa singular. Essa correlação entre sociedade e responsabilidade limitada não constitui, porém, uma necessidade absoluta e se, de fato, o legislador restringe a aplicação do princípio da limitação dos riscos às sociedades comerciais com personalidade jurídica, é porque a evolução legislativa se opera sobre a base de dados empíricos. (...) Admitido que a individualização do patrimônio social, tal como se acha realizada economicamente na *G.m.b.H.*, é suficiente para fundar uma responsabilidade limitada, bastará que se configure uma situação semelhante na empresa individual, para que se lhe possa aplicar o princípio da limitação dos riscos”.

É nítido que a obra do Professor Sylvio Marcondes Machado era à frente de seu tempo. Demorou-se mais de meio século para que o legislador viesse a positivar aquilo que o referido jurista assentara com propriedade, conquanto baseado no exercício exegético do Direito Comparado.

Ainda nessa esteira, veja-se que ao art. 17 do citado PL 1.572/2011, impede, em seu inciso I (explorado melhor no próximo ponto), que o empresário individual irregular – como se insuficiente fosse o entendimento acerca das sociedades irregulares – requeira a falência de outro empresário. Se por um lado o dispositivo visa evitar que existam empresários individuais¹⁵ irregula-

13. “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

14. Sylvio Marcondes Machado, *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*, pp. 53 e 54.

15. Vale apenas anotar que em matéria de transformação societária, aproximou-se a empresa

res, por outro, tende a violar a satisfação do crédito devido a esse empresário que, ainda que *società di comodo o fittizia*, exerceu negócio jurídico válido e eficaz na administração de seu patrimônio, apenas e tão somente sob a pena de responder ilimitadamente por eventuais débitos – e cuida-se aqui da situação oposta.

Por idêntica sustentação de viés econômico,¹⁶ entende Sztajn o contrato de sociedade como contrato incompleto.¹⁷ Indaga, nesse propósito, a Professora:¹⁸ “Como conciliar a mutabilidade, o dinamismo dos mercados com a continuidade da empresa societária uma vez que se admita a imprevisibilidade dos mercados?”.

Entende-se que a doutrina weberiana e, posteriormente, os adeptos da Nova Economia Institucional (como Oliver Williamson) pugnam por um direito racional calculável, ainda que a racionalidade jurídica não se identifique com a racionalidade econômica.¹⁹ Todavia, parece-nos inegável que a racionalidade de um reverbera²⁰ na racionalidade do outro. Na lição de Verçosa,²¹ sobre o equilíbrio contratual (elemento que denota a inerente racionalidade sistêmica): “Em tese, os contratos devem ser economicamente equilibrados – um jogo de soma zero –, pois a prestação de uma das partes deve ser economicamente equivalente à outra, uma vez tendo sido a relação estabelecida em obediência aos princípios de boa-fé e de equidade, que

se devem revestir (CC, art. 421). Trata-se de um julgamento da situação do ponto de vista de cada parte, no exercício de sua liberdade (...). Esta situação de equilíbrio no campo contratual é chamada, em economia, de ‘ótimo de Pareto’”.

É justamente no ótimo de Pareto das relações comerciais em sua topografia jurídica que reside o cerne das preocupações do comercialista. A doutrina²² tem caminhado no sentido de reconhecer que a ciência jurídica a que se denomina Direito Comercial, seja qual for o assunto abordado, preocupa-se com realidade e eficácia, duas palavras que traduzem o espírito das duas formas de racionalidades hermenêuticas supracitadas.

Redigir e avaliar um novo Código Comercial é tarefa de alta responsabilidade, haja vista que a política adotada pelo Código – porque legislar é inexoravelmente fazer escolhas – reflete-se nas forças de mercado²³ e seus *Stakeholders*. Nesse sentido, louva-se no projeto a intenção de proteger o microempresário bem como o acionista minoritário; todavia, não nos parece intenção bastante que enseje a promulgação de novo Código. Ademais, o projeto conta com pontos de inovação nem sempre adequados (como se verá destaque a especial dispositivo no item subsequente).

3. Do art. 17, I, do PL 1.572/2011 e sua impropriedade sistêmica

Diz o art. 17, I, do PL 1.572/2011:

“Além de outros impedimentos e sanções derivados da falta da inscrição no Registro Público de Empresas, o empresário individual irregular não pode:

individual da sociedade unipessoal, com as alterações introduzidas no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, pela Lei 12.441/2011.

16. Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn, “Análise econômica do direito e das organizações”, in AAVV, *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, 2005.

17. Ob. cit., pp. 301 e ss.

18. Idem, p. 297.

19. Paula Andrea Forgioni, ob. cit., p. 24.

20. Trata-se do conceito luhmanniano de ressonância. Nesse sentido, cf. Juan Antonio Garcia Amado, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, 1ª ed., 1997.

21. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, p. 40.

22. Nesse sentido: Maurice Hauriou, *Aux Sources du Droit – Le Pouvoir, l’Ordre et la Liberté*, 1933; Reinier Kraakman *et alli*, ob. cit.; Calixto Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., 2006.

23. Cf. Reinier Kraakman *et alli*, ob. cit., cap. 10.

“I – requerer a falência de outro empresário.”

O referido dispositivo, que, por si só mereceria um trabalho completo, por contrariar, como já dito, o ideal de satisfação das obrigações creditícias, viola – ou tende a violar – o espírito da legislação obrigacional em diversos pontos nevrálgicos de sua estrutura. Por exemplo, não se vislumbra como coadunar a existência do referido dispositivo com o art. 22, I, *a*; 51, III; 99 e 105, II, todos da Lei 11.1101/2005. É um contra senso pensar que um administrador judicial de uma sociedade em processo de recuperação judicial ou em falência deve avisar todos os credores, no bom exercício de sua função fiscalizadora e, ao mesmo tempo, não pode um desses credores – como ocorre no aludido projeto de lei – requerer a falência de outro empresário.

E mais: veja-se a alínea *f* do inciso I do referido art. 22 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LREF, doravante). O administrador deve consolidar um quadro geral de credores. Ora, pergunta-se: com que equidade se pensa que há um procedimento para elaborar um rol de credores, informá-los da situação atual da empresa em recuperação (ou da massa falida) e não pode um dos credores requerer a falência por irregularidade formal? Disposição semelhante deturpa a própria lógica com que é construída a dialética do Direito Comercial.

Pensemos, semelhantemente, no art. 81, II da LREF. Um crédito com garantia real, a segunda espécie creditícia na ordem a ser satisfeita na falência e – pensássemos em termos de relação externa do falido com seus credores – o primeiro “crédito externo”.²⁴ Ou seja, se pensarmos que um empresário individual irregular detenha

24. Já que o inciso I contempla os créditos trabalhistas, que derivam, portanto, de relações de emprego, portanto, um “crédito interno”, vez que não há uma relação de mercado aqui, mas sim uma relação contratual afeta à própria atividade empresarial. O dispositivo serve para evitar a fraude *interna corporis*.

hipoteca (art. 1419 do Código Civil), teremos um credor preferencial no processo de falência que *não pode requerer a falência de outro empresário!* Em síntese: o referido inciso viola o *pacta sunt servanda*, princípio basilar da teoria geral dos contratos empresariais. Nesse propósito impende citar a lição de Forgioni,²⁵ anotando, a respeito dos efeitos desse princípio, que “compreende-se a importância sistêmica da força vinculante dos contratos, pois, na sua ausência, seria impossível a coibição do descumprimento da palavra empenhada, e, consequentemente, o desestímulo de comportamentos oportunistas prejudiciais ao tráfico. (...) o *pacta sunt servanda* mostra-se necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos”.

Considerando-se que objetiva o PL 1.572 ser diploma atento “à realidade das atividades econômicas”,²⁶ parece caducar o inciso I do art. 17 desse diploma legal, que demonstra, portanto, ignorar a dimensão da realidade fática e formal, destacando-se o papel da primeira na evolução do sistema de mercancia. Nesse sentido, novamente valioso o entendimento de Forgioni,²⁷ destacando que: “o direito comercial é uma dimensão da realidade, na qual se imiscuem fatos, regras exógenas e endógenas, o comportamento dos agentes e outros aspectos ligados a essa mesma realidade”.²⁸

Trata-se, como se vê, de ciência construída a partir dos voláteis paradigmas de mercado e dos dogmas de eficiência econômica vigentes a cada tempo. E, há muito, que se consolidou que a satisfação do crédito – não a todo custo, obviamente²⁹ –

25. Paula Andrea Forgioni, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, p. 81.

26. Conforme disposto no texto da justificativa do Projeto de Lei 1.572/2011.

27. Ob. cit., p. 16.

28. No mesmo sentido, cf. José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 1ª ed. São Paulo, vol. I, p. 17.

29. Visto que há créditos que têm preferência – o que implica dizer que se considera a possibilidade de “insolvência” de créditos a que se atribuiu legal-

é um dos pilares que dá liga às operações de mercados.

Resta claro, portanto, que o foco do sistema mercantil é a segurança da ordem jurídico-empresarial de mercado. Brasílio Machado³⁰ falava em *função orgânica* entre os efeitos dos atos dos agentes de mercado. Não se consegue vislumbrar, nesse sentido, como o citado dispositivo atende às necessidades dos *players* do sistema mercantil. Não se diz aqui que o direito comercial é um complexo de satisfação de crédito, mas viabilizar a insolvência de um empresário porquanto seu credor não está regularmente inscrito no Registro Público de Empresas parece-nos fugir ao escopo da ciência mercantil.

A permanência de dispositivo dessa natureza poderia ensejar soluções esdrúxulas, tendentes a deturpar a natureza da situação fática: uma operação mercantil que resultou em insolvência. E é claro para o atento comercialista que uma teoria de mercado ineficiente – como parece a escolha na adoção do aludido dispositivo – não atende ao escopo da ciência jurídica mercantil.

4. Dos méritos do Direito Comparado na evolução do Direito Comercial

Impende ter em mente, *ab initio*, que o direito brasileiro é soberano. Não se propõe aqui a incidência de normas de direito alienígena. Mas sim se buscará demonstrar como no Direito Comparado é relevante a percepção de que a realização dos princípios de Direito Comercial objetivada pelo Projeto de Novo Código Comercial não depende de sua positivação. Nem se

mente menor relevância. Considerando-se o sistema obrigacional como um todo, vê-se que são restritas as hipóteses de “secundarização” da satisfação de crédito, de sorte que só se vislumbra tal fenômeno quando há prevalência de elementos mais vitais como a ordem econômica e a segurança jurídica.

30. Brasílio Augusto Machado de Oliveira, Barão Brasílio Machado, *Código Comercial do Brasil: sua Formação Histórica*, 1910.

quer aqui exercer juízo de desvalor acerca do direito nacional, mas tão somente explorar os caminhos perscrutados em outros ordenamentos, no ímpeto de demonstrar a proposta inicial, de que é mais necessário um debruçar sistêmico a cada *case* do que uma compilação de “microssistemas”.

Já se fizeram aqui ponderações de doutrina estrangeira e nem por isso o artigo perdeu sua unidade. Isso demonstra que a dialética do Direito Comercial tem uma construção cada vez mais globalizada, dada a intensificação do fluxo de trocas. Mesmo no contexto da *Common Law* as divergências não desvirtuam a análise. Basta se lembrar que na Inglaterra se suprimiu uma jurisdição mercantil especial, o que conduziu a uma *fusão com o direito das obrigações*, mesmo o Código Comercial existindo em apartado.³¹ Nesse país, vale lembrar, não se aplica o argumento da política de Estado adotada, tal como se fez a crítica ao sistema italiano para justificar eventual nova disciplina.

O mérito do Direito Comparado fica visível ainda na constituição e evolução dos princípios de Direito Comercial. Ascarelli³² já lecionava no século passado, através de análise dos ordenamentos inglês e francês, que: “Seu uso [*da forma e privilegiados de sociedade anônima*] e seus abusos se entrosam no desenvolvimento e nas crises da economia, no século XIX (...). Os dois princípios que podemos hoje considerar fundamentais, enquanto deles decorre a maior parte das normas da sociedade anônima, são o da responsabilidade limitada e o da divisão do capital em ações”.

Pode-se comparar – como exemplo hodierno – a influência da questão das *poison pills*, cuja construção – visceralmente ligada ao debate do poder de controle nas sociedades anônimas³³ – tomou vulto

31. Nesse sentido, cf. Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 21 e ss.

32. Ob. cit., p. 341.

33. A transferência de poder acionário no direito brasileiro vem regulada no art. 254-A da Lei

no ordenamento norte-americano no início da década de 80 do século passado.³⁴ Tais questões têm sido debatidas no direito brasileiro por meio de instruções da CVM, inclusive havendo discussões quanto a conflitos entre a supressão ou alteração de cláusulas de proteção à dispersão acionária – através de cláusulas acessórias no estatuto social – e os arts. 115, 121, 122 e 129, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas. Apesar da discussão qualifica já proporcionada pelo referido órgão regulador, a matéria no direito nacional encontra-se em fase embrionária, o que sinaliza favoravelmente à possibilidade de influência das construções do Direito Comparado.

Demonstra-se com tais exemplos, de forma muito sintética que há essa mútua penetração intersistêmica – acompanhando “o real alcance econômico e social do problema jurídico”³⁵ e que nem sempre uma identidade de solução jurídica corresponde a uma identidade de resultados práticos.³⁶ E é de fácil observação que essa não identidade de resultados práticos deriva do que se crê seja o elemento realmente – e reiteradamente mencionado nesse artigo – substancial para a solução dos problemas do Direito Comercial contemporâneo a hermenêutica feita com a devida acuidade. Não é demais observar, por fim, o papel do

6.404/1976, com as alterações introduzidas pela Lei 10.303/2001; a aquisição do controle, por sua vez, é disciplinada no art. 257 da Lei das Sociedades Anônimas.

34. Nesse sentido, esclarece artigo de Jorge Vieira, Eliseu Martins e Luiz Paulo Lopes Fávero: “Na década de 80, nos EUA, conforme assevera Varian (1988), as operações de aquisição hostil contagiaram o mercado. Firms especializadas, grandes bancos de investimento, ‘vulture funds’ (fundos abutres) começaram a perceber que as partes de uma companhia individualmente valiam mais do que o seu todo. Começaram, então, a serem engendradas estratégias visando à autodefesa da administração da companhia-alvo, as quais receberam a alcunha generalizada de *poison pills*” (“*Poison pills* no Brasil: um estudo exploratório”, *Revista Contabilidade & Finanças*, vol. 20, n. 50, pp. 6-24, p. 10).

35. Tullio Ascarelli, ob. cit., p. 14.

36. Idem, p. 16.

Direito Comparado na evolução das técnicas exegéticas.

5. Considerações finais

O referido projeto objetivou como mérito o caráter principiológico que adota. Todavia, traz menos esclarecimentos do que se supõe deveria ter um Código Comercial que se pretenda eficiente. Indaga-se quanto ao art. 8º,³⁷ do referido PL 1.572/2011: como um código que se pretende principiológico contém um artigo para afastar a aplicação dos princípios de Direito Comercial?

Princípios são diretrizes para “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.³⁸ Assim, trata-se de meio de captar o espírito das regras jurídicas. Um princípio não contém um comando binário “sim” ou “não”. É um fio condutor da hermenêutica. Se na concepção do PL 1.572/2011 eventualmente se imaginara que o dispositivo se prestaria a coibir a aplicação fraudulenta de princípios, parece-nos desnecessário o esforço, nada obstante já tenha causado a, no mínimo, aparente colisão com o ideário de um novo código.³⁹ Eis outro ponto que por si já mereceria o debruçar da academia.

Ademais, há que força efetiva em enumerar, ainda que de forma não taxativa, os princípios de Direito Comercial? Não podem surgir novos princípios? Não foi assim que surgiram as atuais máximas exegéticas do sistema comercial? Não se trata da ciência jurídica cuja dialética foi

37. “Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei.”

38. Luis Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, *RT* 798/25.

39. Conforme texto do próprio Projeto de Lei 1.572/2011: “Em primeiro lugar, [objetiva o Projeto de Lei] reunir num único diploma legal, com sistematicidade e técnica, os princípios e regras próprios do Direito Comercial” (grifos nossos).

aperfeiçoada com os usos e costumes? Salutar, considerado esse caráter, anotar que o novo Código, se promulgado, corre o risco de padecer das mesmas infundáveis emendas que a história da evolução do Direito Comercial já nos mostrou até mesmo no que toca à bem intencionada citação de seus princípios norteadores.

Entende-se aqui que novos *mandamentos de otimização*⁴⁰ podem – e naturalmente devem – surgir da evolução das relações comerciais; ou, minimamente, novas perspectivas sobre os princípios que alicerçam a atividade empresarial, inclusive uma eventual revisão do *pacta sunt servanda*, aparentemente olvidado pelo inciso I do art. 17 do PL 1.572/2011.

Não é um novo código – sobretudo em que se repetem tantos dispositivos de diplomas esparsos – que se constituirá em signo para um Direito Comercial eficiente. A resposta para a eficiência do Direito Comercial – em muito apertada síntese – está visceralmente ligada à embriogênese da ciência jurídico-mercantil: a hermenêutica das reais necessidades com lastro nos usos e costumes. O que o Direito Comercial reclama não é um novo código, mas o aperfeiçoamento constante da teoria jurídica do mercado.

6. Bibliografia

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. 1ª ed. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n. 5. Série orientada por Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- ANTUNES, Engrácia. *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*. Coimbra, Almedina, 1993.
- ARMOUR, John, HANSMANN, Henry, e KRAAKMAN, Reinier. *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. 2ª ed. Nova York, Oxford, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo, Saraiva, 1945.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4ª ed., 7ª tir. São Paulo, Saraiva, 2010.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.
- BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 6ª ed. São Paulo. Ed. RT, 2009.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. vol. I. 1ª ed. São Paulo, Cardozo Filho, 1910.
- COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16. (nov./1937), p. 387. Trad. livre. Texto disponível em <http://www.sonoma.edu/users/e/eyler/426/coase1.pdf>. Sítio consultado em 8.9.2011.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Ed. RT, 2009.
- HAURIOU, Maurice. *Aux Sources du Droit – Le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*. *Cahiers de la Nouvelle Journée*. Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933.
- IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milão, Giuffrè, 1979.
- LEI 12.441/2011. Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Sítio consultado em 8.9.2011.

40. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008.

- MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*. Monografia para a Cátedra de Direito Comercial. São Paulo, 1956.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.
- OLIVEIRA, Brasílio Augusto Machado de (Barão Brasílio Machado). *Código Comercial do Brasil: sua Formação Histórica*. São Paulo, Siqueira Salles, 1910.
- PROJETO DE LEI 1.572/2011. Texto disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884&ord=1>. Sítio consultado em 10.9.2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª ed., rev. e amp. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, *RT* 798, 2002.
- SZTAJN, Rachel. “A incompletude do contrato de sociedade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 99/283-302, São Paulo, 2004.
- _____, e ZYLBERSZTAJN, Decio. “Análise econômica do direito e das organizações”, in AAVV, *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. vol. 2. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- VIEIRA, Jorge, MARTINS, Eliseu, e FÁVEIRO, Luiz Paulo Lopes. “Poison pills no Brasil: um estudo exploratório”, *Revista Contabilidade & Finanças*, vol. 20, n. 50. São Paulo, USP, mai.-ago./2009, pp. 6-24.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5ª ed., 3ª reimpr. Milão, Vallardi, 1934.

