

CURSO DE DIREITO COMMERCIAL

CAPITULO I

Evolução do direito commercial; sua definição e posição no quadro do direito positivo.

No direito romano, primeiro monumento juridico scientificamente organizado, no dizer dos escriptores modernos, tirante alguns titulos do *Digesto*, respeitantes ao commercio maritimo, não se encontram regras especiaes destinadas a regular os negocios mercantis.

Tem-se pretendido justificar esse facto com o argumento de que, sendo o direito civil classico dos romanos e, principalmente, o *jus gentium* inteiramente favoravel aos interesses commerciaes, notadamente na parte referente ao direito das obrigações, não havia necessidade do estabelecimento de normas especiaes, disciplinando o commercio.

Si isso é verdade, não é menos certo que a razão principal de não se encontrar no corpo da legislação romana principios, regras particulares ao commercio está em que, povo visceralmente guerreiro e com propensão para a agricultura, os romanos entendiam ser a profissão mercantil indigna delles.

Na idade media, o desenvolvimento commercial começou a manifestar-se em consequencia da evolução juridica, que, determinando uma especie de tutela sobre o commercio, modificou de algum modo o direito anterior.

O influxo das idéas christãs teve, no começo, de lutar com a severidade do direito romano, reagindo contra este,

no sentido de afastar a sua applicação ás negociações que o progresso ia fazendo apparecer.

Dahi, a formação de usos e costumes, reguladores dessas relações novas.

E os commerciantes para, melhormente, defenderem os seus interesses, colligaram-se, formando as *corporações de officios e mistères*, dictando leis, denominadas estatutos, com tribunaes especiaes, destinados á formação de uma jurisprudencia commercial.

Por isso é que, consoante a opinião de alguns escriptores, o direito commercial, na idade media, não deve ser considerado uma obra dos legisladores e dos jurisconsultos, mas sim dos commerciantes, que o crearam pelos usos e costumes.

A revolução franceza de 1789, influenciada pelas idéas dos encyclopedistas, aboliu todos os privilegios e monopolios, tirando assim ao direito commercial o character de direito de classe, que lhe davam os estatutos medievaes.

Com a promulgação do codigo commercial francez, em 1807, o direito commercial deixou de ser um direito applicavel somente aos commerciantes, para se tornar um direito regulador das relações mercantis.

Infelizmente, esse codigo dilatou por tal forma a sua esphera de acção, que muitas relações de ordem civil ficaram sujeitas á sua disciplina.

E foi essa codificação, primeiro monumento legislativo, propriamente dito, sobre materia commercial, que serviu de modelo a todos codigos das nações civilizadas.

Sem embargo de ser o direito commercial um dos ramos mais importantes do direito positivo, como reconhecem todos os escriptores, o que é certo é que, até hoje, não foi possivel, entre os mesmos, um accôrdo no sentido

de firmar-se uma noção desse direito, que comprehenda não só o concepto juridico, como o economico do commercio.

Na doutrina encontram-se duas correntes oppostas acerca da definição do direito commercial: uma, obedecendo ao criterio scientifico-economico, e outra ao conceito juridico-positivo.

E' assim que, dentre os commercialistas francezes, MASSÉ, no seu classico "*Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*", define o direito commercial como "o complexo de regras que se applicam ás pessoas que se dedicam ao commercio, ás suas obrigações e contractos."

Como se vê, filia-se MASSÉ á segunda corrente, a que alludimos.

LYON CAEN e RENAULT, no seu volumoso "*Traité de Droit Commercial*", observando que o legislador francez, na enumeração que faz dos actos do commercio, não attendeu a considerações de ordem scientifica e abstracta, mas sim a razões de ordem pratica, formulam a seguinte definição: — direito commercial é um conjuncto de regras que regulam as operações mercantis e as pessoas que têm o habito de pratical-as.

E. THALLER, considerado o pontifice do direito commercial francez no seu "*Traité de Droit Commercial*", após a affirmação de ser esse direito, em muitos casos, um complemento do direito civil, o define: — é a parte do direito privado que determina a natureza e os effeitos das convenções celebradas quer por commerciantes, que por occasião de actos commerciaes.

Tanto esta definição, como a de LYON CAEN e RENAULT, têm uma feição juridico-positiva.

Dentre os escriptores italianos, destaca-se ERCOLE VIDARI que, no seu "*Corso di Diritto Commerciale*", considerando o commercio mais no seu aspecto economico que juridico, define o direito commercial — a disciplina

dos factos economicos em que se consubstancia o commercio em tanto quanto esses factos dão causa ás relações entre os homens.

Esta definição do egregio professor italiano bem pode ser acceita, do ponto de vista de seu rigôr economico, mas não sob o seu aspecto positivo, pratico, por excluir factos e relações juridicas que, sem embargo de não exprimirem propriamente o commercio, todavia são, pela sua dependencia com a industria mercantil, regulados pelo direito commercial.

Os escriptores allemães tambem formulam definições diversas do direito commercial.

E' assim que COSACK, no seu "*Traité de Droit Commercial — traduit par Léon Mis*", para quem o direito commercial é uma simples excepção do direito civil, o define: — parte do direito privado que diz respeito especialmente ás questões juridicas do commercio.

Para ENDEMANN, professor, como COSACK, da Universidade de BONN, no seu "*Manuale di Diritto Commerciale — versione de BETOCCHI e OLIVIERI*", o direito commercial pode ser tomado em duas accepções, lata e restricta. No primeiro sentido, é o complexo de normas que regem os actos juridicos do trafico mercantil. Na segunda accepção, considerado o direito commercial como um direito distincto do direito commum, a sua definição deve ser esta: — complexo de normas particulares, vigentes em materia commercial.

De accôrdo com esta ultima definição estão GOLDSCHMIDT e E. THOL.

Pelo que ficou dito, é de ver-se que as definições apresentadas pelos escriptores citados, não são mais do que o reflexo das doutrinas a que estão filiados, pois umas ampliam o conceito do commercio, outras o restringem demais.

Para nós, a definição que melhor se adapta á natureza do direito commercial é a que nos dá SUPINO, profes-

sor da Universidade de Pisa, no seu "*Diritto Commerciale*":
— *conjuncto de normas que disciplinam as relações jurídicas, oriundas do exercício do commercio*"

Nessas relações oriundas do exercício do commercio, a que allude o notavel commercialista, estão comprehendidos não só os actos propriamente economico-juridicos, actos commerciaes, como os que são considerados taes, por motivos de ordem pratica.

Firmada a noção do direito commercial, vejamos si é elle um direito autonomo ou, contrariamente, uma excepção do direito civil.

Entre nós sempre se considerou o direito commercial um direito autonomo, com principios proprios, que se não confundem com o direito commum.

A Constituição do Imperio, quando prometteu a promulgação de um codigo civil e outro commercial, quiz assignalar que os dois ramos do direito privado-civil e commercial — são independentes um do outro.

O codigo commercial foi posto em execução em 1850. Depois d'elle, numerosas leis de character mercantil foram promulgadas. Tanto um, como outras, mantiveram a distincção que existe entre a ordem civil e a commercial.

A Constituição Federal, respeitando essa tradição, declara no art. 34 § 22 ser da exclusiva competencia do Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica.

Isto está bem claro, quer dizer que, no conceito do legislador constituinte, o direito commercial, no Brasil, é um direito tão autonomo, como o direito civil.

E a recente promulgação do nosso codigo civil, por sua vez, veio pôr em relevo essa independencia.

Consequentemente, deante do nosso direito positivo, a ninguem é licito affirmar ser o direito commercial uma

excepção do direito *commum*. Tanto este, como aquelle, têm a sua esphera propria de acção, regulando cada um as materias que lhe dictar o criterio legislativo, como pondera CARVALHO DE MENDONÇA, no seu notavel *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*.

No pontò de vista doutrinario, muito se tem discutido se é possivel reunir em um só monumento legislativo todo o direito privado, regulador das relações civis e commerciaes.

Este thema tem provocado a mais viva controversia entre notaveis escriptores, juristas e publicistas.

Em torno dessa importantissima materia, encontram-se duas theorias.

Uma, representando os principios da *escola velha* ou *escola orthodoxa* e que tem como representantes, entre outros, VIDARI, MANARA e SUPINO, na Italia, e GOLDSCHMIDT, na Allemanha, sustenta que, sendo differentes as relações civis e commerciaes, repugnante seria a sua sujeição á mesma disciplina.

Outra, tendo como partidarios CIMBALI, VIVANTE e mais alguns, na Italia, e ENDEMANN, na Allemanha, affirma a necessidade da unificação do direito privado, com o fundamento de não existir verdadeira separação entre a ordem civil e a commercial.

No Brasil, o movimento unificador foi iniciado por TEIXEIRA DE FREITAS, cuja opinião foi manifestada, em 1867, na exposição de motivos que apresentou em justificativa do seu projecto de um codigo civil, que lhe havia sido commettido pelo governo imperial.

Esse notavel jurisconsulto patrio, cuja mentalidade, no dizer de CLOVIS BEVILAQUA, “sentindo necessidade de expandir-se em um circulo de maior diametro, de abandonar as cryptas da analyse por onde se havia internado e

remontar ás altitudes da generalização”, ao envez de apresentar um projecto de código civil, como lhe havia incumbido o governo, formulou um código geral, que comprehendia toda a materia pertinente ao direito privado.

Não ha typo, allegava TEIXEIRA DE FREITAS, para essa arbitraria separação de leis, a que se deu o nome de código commercial; pois, todos os actos da vida juridica, exceptuados os beneficios, podem ser commerciaes e não commerciaes, isto é, tanto podem ter por fim o lucro como outra qualquer satisfação da existencia.

A doutrina que pretendia firmar o insigne jurisconsulto patrio, como se vê, constituia naquella época uma novidade nos systemas legislativos. Dahi, o não ser a mesma accéita pelo governo, sem embargo da opinião favoravel de NABUCO e do parecer do Conselho de Estado. Este, por sua secção de justiça, affirmou que, embóra *nova* a idéa de TEIXEIRA DE FREITAS, não devia ser repellida *in limine*, pois o governo devia aproveitá-la como uma tentativa para a unificação do direito privado, o que, por certo, daria gloria ao seu autor e ao paiz.

O illustre DR. BRASÍLIO MACHADO, cathedrático de Direito Commercial, na lição inaugural do seu curso, na nossa Faculdade, em 1897, manifestou-se francamente, e com o brilhantismo que o seu talento sempre emprestou aos seus trabalhos, adepto da theoria unificadora.

Depois d'elle, CARLOS DE CARVALHO, SILVA COSTA, INGLEZ DE SOUZA e outros notaveis juristas collocaram-se ao lado dos que propugnam pela unidade do direito privado.

Sem embargo da competencia e autoridade desses escriptores, assim estrangeiros como nacionaes, continuam na supposição de ser necessaria a separação desses dois ramos do direito positivo, a bem da ordem juridica.

Antes de mais nada, é preciso assignalar que a acceitação da doutrina dos unificadores importa no reco-

nhecimento de serem identicas as relações civis e commerciaes, por serem ambas de ordem privada.

Não desconhecemos que essas duas especies de relações são de ordem privada. Mas, esse traço não é, de per si, sufficiente para justificar a pretendida identidade de objectos de uma e outra.

O direito civil, por ser um direito destinado a reger relações entre particulares dentro de determinada nação, é, por isso mesmo, um direito territorial.

Na sua formação, como reconhecem todos os escriptores, deve-se ter em vista, muito de perto, os costumes, as tradições e até a religião do povo para o qual é creado.

Dahi, a affirmação de que o direito civil resiste, mais do que qualquer outro ramo do direito positivo, á acção dissolvente do tempo.

O seu objecto, tendo em consideração a sua amplitude, não se pode confundir com a materia commercial, na qual não se encontram as relações familiares, e os seus decorrentes institutos, como a successão e tantos outros.

O commercio, ao contrario, tem por indole propria uma esphera de acção muito mais dilatada. Desconhece a diversidade de raças, de linguas e religiões. O seu character cosmopolita vem-se impondo desde as suas primeiras manifestações na ordem economica.

Sendo assim, como effectivamente é, como pretender sujeitar a materia commercial a regras, cuja obrigatoriedade morre dentro dos limites de um territorio?

De resto, necessitando o commercio de liberdade e rapidez, em seus movimentos, pela sua funcção economica na circulação das riquezas, necessaria é a constituição de apparatus proprios, de institutos, como os bancos, as sociedades e empresas diversas, as quaes, como facilmente se percebe, não podem ser subordinadas ao direito civil.

O argumento invocado pelos partidarios da unificação de não ser, hodiernamente, o commercio o privilegio

de uma classe, os commerciantes, o que torna anachronica a autonomia do direito commercial, não tem valor.

A distincção que se faz entre o direito civil e commercial não é em consideração ás pessôas, mas sim tendo em vista a natureza, a estrutura das relações que esses dois ramos devem disciplinar.

Demais, como assignala CLOVIS BEVILAQUA, na *Introdução* ao seu Projecto do Codigo Civil Brasileiro, “não é rigorosamente exacto que os commerciantes constituem uma classe, pois, a sociedade se estratifica em camadas, entre as quaes se divide o trabalho social. Classes constituem os industriaes, os militares, os magistrados, exercendo cada uma dellas uma determinada ordem de funcções. Mas, não é o direito de uma classe que se pretende manter, é um genero de relações que se trata de garantir”

Tem-se invocado tambem a lei da evolução de SPENCER, segundo a qual todos os phenomenos, tanto phisicos, como superorganicos, passam de um estado de homogeneidade indefinido para um estado heterogeneo definido, do estado de uniformidade para o estado de especialização.

Pelo simples enunciado dessa lei, vê-se claramente que ella não ampara a doutrina dos unificadores.

Com effeito, como já fizemos sentir, o direito commercial nos primeiros tempos, achava-se confundido na massa do direito commum dos romanos, isto é, segundo *Spencer*, em estado de homogeneidade indefinida. Com o progresso das relações commerciaes, já as regras do direito romano não podiam ser applicadas ás relações novas. Dahi, o apparecimento dos usos e costumes — reguladores dessas relações — determinando um estado de especialização do direito commercial.

Em 1673, com as Ordenanças de Luiz XIV, accentuou-se o movimento especializador do direito commer-

cial, movimento que teve o seu remate com a promulgação do código napoleônico de 1807

De sorte que a autonomia do direito commercial, reconhecida hoje por todas as nações cultas, é uma consequência natural da lei da evolução dos phenomenos sociaes.

Não desconhecemos que a doutrina unificadora conta já em seu favôr a consagração legislativa do código geral das obrigações da Suissa. Esse facto, porem, com ser unico entre as legislações, foi determinado, como dizem alguns escriptores, por motivo de ordem politica, qual a de sujeitar á competência federal toda a materia de ordem privada.

Sem embargo, o que é certo é que, lendo-se com mediana attenção o código da federação helvetica, o que se conclue é que, como diz *Segovia*, o seu legislador não fez mais que commercialisar o direito cõmmun.

O facto de algumas legislações, como a allemã e a austriaca, extenderem a fallencia aos civis, não justifica tambem a doutrina dos unificadores, como pretendem os seus adeptos, porque, não obstante, ellas mantêm a separação dos seus códigos-civil e commercial.

Somos francamente contrarios a essa *idéa nova*, por entendermos que a sua adopção importará na ruptura da tradição legislativa do mundo civilizado e na implantação de uma doutrina artificial, que, não representando a realidade das coisas, ocasionará, por isso mesmo, graves perturbações não só na ordem economica, como juridica.

- Melhor seria que os defensores da theoria que impugnamos voltassem as suas vistas para assumptos mais praticos, trabalhando no sentido de firmar-se doutrina util, como, por exemplo, a de dar-se aos actos commerciaes um caracter internacional, sujeitando-os a leis uniformes em todos os paizes.

GABRIEL DE REZENDE.