

NOTAS SOBRE A CHAMADA CONSUMERIZAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL E A EDIÇÃO DE UM NOVO CÓDIGO

Tiago Britto Sponton¹

RESUMO

O artigo quer apresentar uma releitura acerca de uma alegada interferência do Direito do Consumidor e do Direito Público, de uma maneira geral sobre o Direito Comercial. Pretende, através da análise histórica do Direito Comercial, demonstrar que a função pública sempre lhe foi inerente, assim como pretende demonstrar que a tendência ao exagero na utilização para a interpretação do Direito Comercial poderá reprimir a atividade econômica.

Palavras-chave: Consumidor. Empresarial. Interpretação.

ABSTRACT

The article aims to present a re-reading about an alleged interference of Consumer Law and Public Law in general over the Commercial Law. Intends, through the historical analysis of commercial law, to demonstrate that the public function had always been inherent, and seeks to show that the tendency to exaggeration in its use for the interpretation of commercial law can stifle economic activity.

Keywords: Consumer Law. Commercial Law. Interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Discute-se hoje a intromissão crescente do Estado sobre a atividade privada, na limitação da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Esta discussão permeia de forma crescente também o Direito Comercial e seus microssistemas², a partir de uma moderna teoria da empresa e do reconhecimento de sua função social. As releituras, inclusive, vêm sendo atribuídas à uma chamada publicização do Direito Comercial e sua vinculação à outras disciplinas jurídicas, como o Direito

¹ Mestrando em Direito pela UFRGS. Sócio fundador da Deboni, Rizzo & Sponton Advogados (e-mail: sponton@drs.adv.br).

² Ainda antes da inclusão do Direito da Empresa no Código Civil em vigor e da revogação quase total do Código Comercial, a matéria empresarial convivia, como ainda hoje faz, com uma significativa legislação extravagante. Daí a adoção à ideia de um microssistema e subsistemas, inclusive lembrada de forma bastante ilustrativa por Ricardo Luis Lorenzetti, ao relacionar o fracionamento da ordem jurídica à figura de um sistema planetário, que a partir de um *big bang* legislativo, faz com que os microssistemas criados adquiram inclusive vida própria (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: RT, 1998. p. 45).

Econômico e do Consumidor. Estes movimentos são, no mais das vezes, ainda lidos com alardeada contrariedade, e sob a invocação da autonomia material e principiológica da disciplina jurídica empresarial.

O Direito Comercial, como parte deste todo, se depara então com um problema atualíssimo, que é o de ter que lidar com uma teoria jurídica em transformação e um conseqüente cenário de novas e múltiplas fontes normativas. De ter que lidar, em especial, com os desejos concretos da classe empresária de um lado e, de outro, com a hermenêutica de um constitucionalismo de valores a exigir-lhes maior protagonismo enquanto agentes de relevantes funções sociais.

Releituras são vistas como tentativas de interferência e, sob este cenário, iniciam-se movimentos contrários, de condenação à uma dita inflação³ dos Direitos Fundamentais e seus efeitos sobre o Direito Empresarial. Mas isto não é só, pois estes movimentos sugerem agora também a volta de um Código Comercial, para uma espécie de reconstituição da disciplina e dos seus princípios.

Estes movimentos, a partir do que se pretende expor, ignoram a impossibilidade de mudança do panorama atual através de premissas já superadas. Aliás, apenas atribuem maior valor ao longo processo de superação dos dogmas liberais, e que exigem o retorno do Direito como ciência valorativa, com a extração de toda a força que possuem suas dimensões axiomáticas e sociológicas.

Há, portanto, uma espécie de crise no Direito Comercial que, dificilmente, será vencida sem uma necessária mudança de pensamento. Modificações notáveis já permeiam o Direito Civil com a superação do tradicional sistema de família, propriedade e contrato, lembra bem Andrea Marighetto⁴; talvez pelo encontro de operadores mais abertos a uma nova orientação constitucional.

De qualquer sorte, não há como se negar que estão já às portas do Direito Comercial esforços também interessados na condução de um processo de interpretação e de aplicação das leis empresariais coerentes com os atuais cânones de valorização social da atividade econômica.

³ Expressão de Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, 1998, op. cit., p. 162).

⁴ MARIGHETTO, Andrea. *O “diálogo das fontes” como forma de passagem da Teoria Sistemático-Moderna à teoria Finalística ou Pós-Moderna do Direito*. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.) *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.113.

Afinal, vencido um padrão positivista, baseado em uma ideia de sistema completo e de vinculação estrita ao texto legal, o Direito Comercial também já não encontra espaço para abdicar da função que lhe tem sido cada vez mais exigida. Fala-se em Direito Comercial público, assim como Guarrigues, Schumpeter, Coase, Williamson, Berle e Means, já identificavam, há tempos, a forma orgânica como se relacionam organizações, instituições e economia.

Neste cenário, típico da pós-modernidade, regras de interpretação sistemática têm buscado em diferentes fontes a complementação e sentido de normas para sua conformidade a esta nova leitura constitucional. A diversidade de interpretações, entretanto, é causa de incertezas aos operadores, sugerindo a busca de coerência. As regras de superação de antinomias, orientadas para a validade exclusivamente formal das normas, perdem sentido na interpretação e no preenchimento de lacunas.

Tudo isto sugere a superação do modo de solução de conflito de leis baseado em critérios de anterioridade, especialidade e hierarquia, promovidos pela Lei de Introdução ao Código Civil (para a sistematização de um ordenamento ainda criado ao tempo das codificações e, repita-se, sob o dogma superado da completude).

A partir da compreensão de um sistema aberto e móvel, como define Claus-Wilhelm Canaris⁵ e da identificação das cláusulas gerais, carecidas de “preenchimento com valorações”⁶ pela Ciência do Direito, é o juiz quem passa, no caso concreto, a identificar os critérios de sua aplicação. Daí a relevância de um novo método, que seja orientado à busca de coerência. É dizer: que sirva à proteção da atividade econômica, sem descuidar da sua finalidade social.

2 REVISANDO AS ORIGENS DO DIREITO COMERCIAL

A partir de uma análise histórica, como comenta Tulio Ascarelli, é fácil observamos que o surgimento do direito comercial tem raízes em uma ruptura entre o direito romano-canônico comum e as exigências “capitalísticas” já sentidas desde

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-143.

⁶ CANARIS, 2002, op. cit., p. 142.

o século XII, nas comunas italianas⁷. Ditas exigências, nos lembra Ascarelli, tinham em mira uma maior liberdade de iniciativa e de concorrência em um mercado livre, e eram vindas de setores específicos da sociedade, nomeadamente o representantes do comércio ultramarino e bancário.

Nesta condição histórica é que o Direito Comercial se apresentou em oposição a um direito comum; como um direito especial de uma burguesia nascente e ansiosa por libertar-se de seus vínculos com a sociedade feudal e, repita-se, o direito romano-canônico comum⁸. Sua especialidade não era determinada pela peculiaridade da matéria, mas pela novidade dos princípios próprios. Mas sua autonomia representava o fato de não estar preso a um direito estatal, senão aos costumes e aos estatutos das corporações⁹; que garantiam uma jurisdição consular e particular aos mercadores.

Não tardou, como se sabe, até que este direito especial fosse absorvido pelo monopólio estatal da função legislativa, a partir dos estados monárquicos do século XVII. Com fim o juiz de uma jurisdição especial, foi mantida a dicotomia entre o direito comum e o direito comercial, embora tenha o último abandonado a característica subjetiva da primeira fase para se centrar no ato de comércio. Era o chamado período *objetivo*, onde as normas de Direito Comercial iam além da pessoa do comerciante, para ser aplicadas a todos os que praticassem o ato de comércio.

É já nesta fase objetiva que alguns dos institutos de Direito Comercial começam a ser incorporados ao direito comum, sendo desvelada a sua *especificidade intrínseca*, conforme a expressão de Cerami e Petrucci¹⁰. Há um processo histórico de “generalização dos princípios de direito comercial”, como diz Paula A. Forgioni¹¹. Uma tendência contínua, movida pela necessidade de adaptações às recorrentes transformações econômicas provocadas pela Revolução

⁷ ASCARELLI, Tulio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 22.

⁸ ASCARELLI, 1947, op. cit. p. 23.

⁹ A aplicação do direito ficava determinada pela condição do sujeito, no que se chama *período subjetivo*.

¹⁰ CERAMI, Pietro; PIETRUCCHI, Aldo. *Lezioni di diritto commerciale romano*. Torino: Giappichelli, 2002, p.

¹⁰. *apud* Paula A. Forgioni. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009, p.20.

¹¹ FORGIONI, Paula A. *A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro*. *Revista de direito mercantil*. São Paulo, nº 130, abril-junho, 2003, p. 08. Malheiros.

industrial¹².

Da análise do desenvolvimento deste direito especial, da modificação de seus postulados iniciais e da incorporação ao direito civil, observamos, então, uma autonomia que pode ser considerada mais histórica e formal, do que verdadeiramente material ou científica¹³.

Malgrado a importância concreta do Direito Comercial à atividade econômica, seu corpo de princípios jamais deixou de reconhecer e incorporar novos valores (ainda que inicialmente invocados *supplendi vel corrigendi gratia* para só depois serem sistematizados). O Direito Comercial sempre guardou uma elasticidade típica de quem sempre foi fiel a uma essência de conciliação das exigências conservadoras e progressistas da sociedade¹⁴, incluindo aí, e no que importa ao tema deste exame, o interesse público sobre a própria liberdade do Comércio.

Paul Rehme¹⁵ já referia que o direito mercantil germânico nos seus albores, por exemplo, era marcado pela ideia dominante de que o comércio seria uma atividade pública e que a sua proteção e cuidado seriam matérias que corresponderiam, efetivamente, à administração pública.

Quando o Estado conferiu direitos exclusivos aos mercadores, é importante lembrarmos, o fez pretendendo a dinamização das relações do mercado como forma de desenvolvimento da sociedade. Por isso, o seu escopo sempre esteve na proteção geral do comércio e não dos comerciantes. E se restam dúvidas, convém a lembrança às determinadas regras vigentes já no século XII nas cidades italianas, que puniam com multas os acordos monopolísticos, além daquelas que pretendiam garantir um controle dos preços dos pães aos membros das cruzadas. As próprias

¹² Ascarelli (ASCARELLI, 1947, p 30 a 32) cita como exemplos as questões relativas regulação da mobiliação e circulação do crédito e das companhias coloniais (cujo desenvolvimento sucessivo resulta na moderna sociedade anônima).

¹³ Conforme João Eunápio Borges: “para os que admitem a existência de princípios peculiares ao direito comercial, princípios que justificariam sua autonomia jurídica, gozará ele igualmente de autonomia científica. Tais princípios, porém, são, como vimos, de duvidosa existência, o que torna em consequência ainda mais precária do que jurídica a autonomia científica de nossa disciplina (Curso de Direito Comercial Terrestre, Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 76).

¹⁴ ASCARELLI, Tulio. ASCARELLI, Tulio. *O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do direito privado*. Revista de direito mercantil. São Paulo, nº114, ano 1999, p.237/238.

¹⁵ REHME, Paul. *Historia universal del Derecho Mercantil*. Traduzido para o espanhol E. Gomez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, p. 123 e ss.

feiras eram promovidas no intuito de afastar-se o abuso de preços¹⁶.

Assim, também nas origens das sociedades anônimas o interesse público é marcante, como lembra o exemplo das companhias de navegação, que foram formadas através de pessoas jurídicas que congregavam capitais públicos e privados¹⁷, e cujos serviços, administrados pela iniciativa privada, possuíram incontestes efeitos sobre a economia das metrópoles.

Por isto o Direito Comercial não deve ser compreendido como modo de socorro ao agente individualmente considerado, mas como instrumento de tutela do funcionamento do mercado para a produção de serviços, bens, circulação da riqueza e geração de emprego. A própria lei das atuais sociedades por ações no Brasil, séculos após a criação do primeiro modelo, determina, com efeito, a obrigação do acionista controlador utilizar seu poder para que a empresa cumpra a sua função social.

Tende-se, é verdade, a negar essas leituras que atribuem função pública às empresas; talvez por uma secularizada crença de que as sociedades devam ser voltadas exclusivamente aos interesses dos sócios; e de que a liberdade de organização é condição necessária ao desenvolvimento da atividade econômica. Mas estas concepções, ao que se sabe, nunca esgotaram uma definição do Direito Comercial. Elas reproduzem a forte influência da concepção *contratualista* da empresa na legislação societária brasileira, fruto de uma significativa orientação doutrinária, e de marcada influência italiana, que restringe o interesse da sociedade como sendo associado ao exclusivo interesse do grupo de sócios, e *depurado* de elementos externos, como refere Calixto Salomão Filho¹⁸.

Olvida-se, todavia, maior atenção à contribuição inegável de Whalter Rathenau pela criação de concepção historicamente oposta e que é denominada *institucionalista*¹⁹. Com Rathenau descobriu-se um interesse social autônomo, não

¹⁶ Por isto não concordamos com a posição de Lorezetti de que o Direito Comercial padeceria de um vício de origem, posto que “pensado como um subsídio à classe comerciante mediante normas flexibilizadoras e prescindido de toda a consideração pela outra parte: o consumidor” (LORENZETTI, 1998, op. cit., p.47).

¹⁷ Companhia Holandesa das Índias Orientais, a *East India Company*, de origem Inglesa, a Companhia Inglesa das Índias Ocidentais (BATALHA, 1973, p.14).

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27..

¹⁹ Conforme CALIXTO (SALOMÃO FILHO, 2006, op. cit. 32) o institucionalismo procedeu a valorização do papel do órgão de administração da sociedade por ações, como apto à defesa do *Unternehmensinteresse* (interesse empresarial), causando o que chama de “degradação relativa da importância da assembleia”, influenciando os direitos dos minoritários. Por conta da independência e potencial irresponsabilidade da administração para com

reduzível aos interesses dos sócios, tal como recebido no ordenamento alemão através da *Aktiengesetz* de 1937²⁰. Destaca-se o interesse público, de uma função econômica que exerce a empresa, e não meramente privado. A concepção institucionalista, inclusive, serve de marco histórico aos conhecidos movimentos posteriores de institucionalismo integracionista, através da ideia da participação operária nos órgãos decisórios, vislumbrada a partir do 2º pós-guerra alemão e orientada pelos postulados de uma democracia econômica (*wirtschaftsdemokratie*).

As definições legislativas brasileiras não foram e não são tão precisas. Nas disposições do Código Civil, a respeito da contemporânea Sociedade Limitada, adotamos a instituição de um contratualismo, conforme o disposto artigo 981 que prevê: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. A Lei acionária reconhece uma visão institucional, a partir da redação dos artigos 115²¹ e 116²², e dos deveres de conduta que buscou instituir para a preservação de interesses que não são exclusivos dos sócios, ainda que de forma genérica.

No Brasil ainda se vive, então, e conforme Calixto Salomão Filho, “entre o institucionalismo e o contratualismo – um institucionalismo de princípios e um

os acionistas é que se atribui a causa de uma crise na teoria institucionalista a partir dos anos 50 e as modificações legislativas posteriores para o reforço dos poderes da assembleia e do direito dos minoritários, o que é especialmente vislumbrado, conforme Calixto, na lei acionária alemã de 1965.

²⁰ Conforme CALIXTO (SALOMÃO FILHO, 2006, op. cit. 32) o institucionalismo procedeu a valorização do papel do órgão de administração da sociedade por ações, como apto à defesa do *Unternehmensinteresse* (interesse empresarial), causando o que chama de “degradação relativa da importância da assembleia”, influenciando os direitos dos minoritários. Por conta da independência e potencial irresponsabilidade da administração para com os acionistas é que se atribui a causa de uma crise na teoria institucionalista a partir dos anos 50 e as modificações legislativas posteriores para o reforço dos poderes da assembleia e do direito dos minoritários, o que é especialmente vislumbrado, conforme Calixto, na lei acionária alemã de 1965.

²¹ Diz o seu caput: Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

²² Que dispõe: Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

contratualismo de fato²³. São decorrências de uma visão tipicamente liberal da empresa sobre o sistema legislativo (pela captura do processo legislativo por grupos de interesse avessos às modificações), mas que não consegue mais se justificar, à luz da diversidade de interesses e do pluralismo de direitos com que experimentamos o Direito contemporâneo.

Pode-se dizer, aliás, que alguma coisa está errada quando inclusive nos Estados Unidos é possível retirar-se exemplos de mudanças bem mais significativas e que incluem, por exemplo, uma constante intervenção do Poder Judiciário sobre a empresa, para a garantia de valores institucionais, assim como através do desenvolvimento de uma “responsabilidade social empresarial”, como é mencionada por Thomas Donaldson²⁴.

Somente de forma mais abrangente é que se visualiza aqui uma função social da empresa, e se passa a examinar a finalidade legal do instituto, o valor pelo qual existe. Mas há sinais de mudança mais específicos, através do regramento dado às sociedades pelo Código Civil, que evidencia uma passagem entre a franca autonomia das partes, como se vislumbrava no Decreto 3.708/1919 (e que se traduzia na liberdade dos sócios para o estabelecimento de regras mais convenientes), e o seu redimensionamento.

Agora são bem mais limitadas as situações em que os sócios poderão livremente estipular as disposições internas. São todos sinais, manifestações, de que a concepção privatista²⁵ não se coaduna mais com os parâmetros do artigo 170 da Constituição Federal, em que a ordem econômica é assegurada a partir (e isto é, tem seu fundamento) na *valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, quando

²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Sociedade Anônima: Interesse público e privado*. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Editora Malheiros, v. 127, p. 14, jul.-set.2002.

²⁴ DONALDSON, Thomas. *Definindo o valor de fazer bons negócios*. Valor Econômico. Governança Corporativa, 3ª parte, ed. 07.07.2005, p. 02.

²⁵ A propósito, bem comenta FRAN MARTINS: “É evidente, entretanto, que o direito comercial, dia a dia, está sofrendo influência cada vez maior do direito público. Essa influência se fa notar, principalmente no tocante aos contratos, às sociedades anônimas, aos transportes terrestres, marítimos e aeronáuticos e à falência. No que se refere aos contratos, o poder estatal cada dia restringe mais a liberdade do indivíduo, impondo de tal forma a sua vontade, que o princípio da autonomia da vontade, consagrado pelo art. 1134 do Código Civil francês, já hoje pode considerar-se inteiramente superado. Já não têm os indivíduos o amplo direito de contratar livremente, porque o Estado impõe normais, cada vez mais drásticas, a restringir a vontade das partes. Procurando amparar os mais fracos ou visando dirigir sua economia, o que faz o Estado é impor a sua vontade, interferindo, diretamente, nas relações privadas. O mesmo se observa o tocante às sociedades anônimas, em que mais acentuada é a interferência do estado.” (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.38).

atenderem a todos a existência digna. Aliás, é sempre importante lembrar que o Estado tem como fundamento, a teor do artigo 1º da Constituição Federal, o valor *social da livre iniciativa*, o pluralismo jurídico e a dignidade da pessoa humana.

Não há neste passo da história do Direito qualquer neutralidade, mas uma mudança de paradigma, onde a ordem jurídica afirma a necessidade de servir à promoção de uma igualdade substancial. Isto está no centro do Direito Privado.

A mudança de paradigma de um Estado Liberal para um Estado Social²⁶, é acompanhada da inteiração maior entre subsistemas, orientada à realização dos valores constitucionais. É o que se vislumbra inclusive de forma mais ampla a partir da denominada *constitucionalização* do Direito Privado, referida por Luiz Edson Fachin²⁷ como verdadeira *virada de Copérnico*.

É de se lembrar, aliás, que o Direito Comercial antes de sofrer influências do Direito do Consumidor como muito se propaga hoje, interage sempre e especialmente com o Direito Econômico. E esta visão permite nele reconhecer uma função de instrumento à implementação de políticas públicas. As sociedades empresárias, por exemplo, são organizações que se notabilizam pelo encontro de diversos interesses internos e externos, assim como pela assunção de diversas obrigações que lhe fazem influenciar e ser influenciadas pelo ambiente institucional e econômico. O que nos faz lembrar, como já bem disse EROS GRAU²⁸ “A economia condiciona o Direito, mas o Direito condiciona a economia”.

Entretanto, deve ficar claro que medidas exclusivamente vinculadas com o teor público da atividade empresária podem ser tendentes (como a outra face da moeda) a prejudicar o interesse da classe que mobiliza suas finanças, depende esforços e assume os riscos da atividade.

3 UMA NOVA CODIFICAÇÃO SERIA A MELHOR SAÍDA?

Nestes atuais rumos do Direito Comercial surge agora também o Projeto de

²⁶ É o que se vislumbra inclusive de forma mais ampla a partir da denominada *constitucionalização* do Direito Privado, referida por Luiz Edson Fachin (FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998, p. 317 e ss.).

²⁷ FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 317 e ss.

²⁸ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

Lei de nº 1572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, do Estado de São Paulo, que se destina a criação de um novo Código Comercial Brasileiro. A sua minuta foi redigida pelo professor Fábio Ulhoa Coelho, e tem gerado, nos poucos meses de tramitação do projeto, uma quantidade considerável de críticas²⁹ que, por economia, não serão aqui tratadas.

O que importa observar quanto ao tema é que os partidários³⁰ de um novo código apontam prejuízos às relações empresariais e econômicas, decorrentes da aplicação de regras e princípios jurídicos que não pertencem ao seu microssistema. Apontam também a existência de lacunas que teriam sido criadas a partir da parcial revogação do Código Comercial de 1850.

A ausência de um corpo legislativo uniforme é, então, apontada como causa de incertezas no exame das obrigações empresariais e das relações societárias. Isto é, volta à tona o argumento de que as atuais leituras estariam prejudicando a segurança jurídica e a autonomia³¹ privada dos agentes.

A propósito, em recente artigo publicado no jornal Estado de São Paulo, também defendeu Fábio Ulhoa Coelho³² que todas estas atuais incertezas estão sendo pagas por toda a sociedade, na medida em que são embutidos nas contas, nos preços de produtos e serviços, todos os riscos considerados pelo empresariado ante a imprevisibilidade das decisões judiciais brasileiras!

Compreendida a força do argumento, que é associado à defesa de um novo código comercial para a solução de “nossas mazelas”, se poderia crer que a

²⁹ Bastantes fortes algumas vezes, seja quanto ao teor, seja quanto à sua condução do processo legislativo, posto que não haveria sido participado o projeto à discussão pública perante os organismos representativos da sociedade civil organizada, fato que iria contra uma tradição brasileira na elaboração de leis de tamanho alcance. A propósito vejam-se as críticas de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França em *O projeto do Código Comercial*. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044projeto+do+Codigo+Comercial>. Acesso em 23 de julho de 2012. Veja-se também: EIZERIK, Nelson. *O novo Código Comercial e a lei das S/A*. Disponível em <<http://www.com.br/dePeso/16,MI136416,11049-O+novo+Codigo+Comercial+e+a+lei+das+S+A>>. Acesso em 23 de julho de 2012. SZTAJN, Rachel; e VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Brasil precisa de um novo Código Comercial?* Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137734,61044-O+Brasil+precisa+de+um+novo+Codigo+Comercial?>>. Acesso em 23 de julho de 2012.

³⁰ Dentre os quais destacamos: Fabio Ulhoa Coelho, Jorge Lobo, Maria Eugênia Reis Finkelshtein e Armando Luiz Rovai.

³¹ Institutos realmente caros à tradição do Direito Comercial, e de imediata contribuição ao aumento dos negócios e dos investimentos no país. Ou seja, afora a *alea* normal dos negócios empresariais, a opção pelo investimento será certamente maior quanto mais conhecidos ou estabelecidos forem os riscos envolvidos.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. *E no Brasil quanto é?* Jornal Estado de São Paulo, São Paulo, 31 de dezembro de 2011.

incerteza (e os custos adicionais que gera sobre o preço de serviços e produtos) é resultado exclusivo da ausência de leis específicas, ou de princípios específicos, à disposição do aplicador. Mas, no entanto, as coisas não são assim.

A intenção de codificar o Direito Comercial com vistas à mitigação das incertezas tenta resolver o problema apenas com uma nova disposição sistêmica de normas, mas olvida que na atual experiência jurídica, as “incertezas” deitam raízes muito mais profundas. Elas são decorrentes de uma conformação pós-positivista da teoria do direito, que já não se restringe à criação de novas regras para a sua interpretação por operações lógico-dedutivas. É o conteúdo valorativo que ganha a cena.

E, justamente por isto, as influências deste novo cenário não são exclusivas do Direito Comercial, mas abrangem todo o direito liberal clássico³³ que desde o constitucionalismo europeu ocidental do pós-guerra é orientado por um modelo de Estado democrático e *social* de Direito³⁴. Há uma oposição, nesse período, ao constitucionalismo liberal antecedente, pela sua incapacidade na promoção da igualdade substancial, repita-se³⁵.

O sentido jurídico de Constituição passa a conviver com os sentidos políticos, sociológicos, com a afirmação dos direitos fundamentais e da valorização da dignidade da pessoa humana (o constitucionalismo de valores, novamente)^{36,37}.

Neste contexto o Estado passa a ser chamado a intervir na ordem econômica e a atuar na disciplina de relações privadas, sobretudo na liberdade contratual. E o

³³ Como defende Alberto Alonso Muñoz: “*não seria exagero dizer que época da teoria clássica do direito não havia, nem poderia haver, uma “teoria da interpretação” - ao menos não num sentido que a expressão adquira a partir da segunda metade do século XX. Podia haver, e houve, conjuntos de regras mais ou menos sistematizados para, a partir de uma linguagem mais ou menos clara, atingir o que seria a ‘vontade da lei’. Mas se a linguagem deve ser apenas o reflexo de uma entidade preexistente que é a norma, a interpretação não pode, a rigor, criar nada.* (MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Quartier Latin: 2008, p.19)

³⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002, p. 61.

³⁵ Ao que se somam as influências da Declaração de Direitos Humanos (1948) e da Lei Fundamental de Bonn (1949).

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.71.

³⁷ O que nos remete também ao fato de que a interpretação nos liga à uma dimensão normativa e não a uma dimensão legislativa do direito e de que a interpretação do Direito tem caráter constitutivo das normas jurídicas a serem ponderadas à realidade particular (GRAU, Eros. *Ascarelli, a Interpretação, o Texto e a Norma*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CABONE, Paolo (coord.) *Princípios do novo Código Civil Brasileiro e outros temas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 37).

judiciário, como bem refere Eugênio Facchini Neto, “(...) passa a ter o dever de controlar também a legitimidade constitucional da legislação ordinária”³⁸.

Pois essas são algumas das condições da experiência jurídica que fazem ver com ceticismo a possibilidade de um novo código servir à solução de um problema que não é de forma. Ao menos no Direito Comercial, já se anteviam os possíveis efeitos decorrentes do abuso da liberdade de contratar, da concentração dos recursos de capital disponíveis nas grandes companhias, da ameaça ao livre mercado.

O aumento do poder econômico e a tendência ao “gigantismo”, como já dizia Guarrigues na análise das grandes corporações, traria consigo o fenômeno da socialização da sociedade anônima, da perda da característica de empresa privada. Carvalhosa a propósito ensinava que “se a produção em massa – surgida nos primeiros anos do século – acarretou a concentração econômica ao nível das grandes empresas privadas – por iniciativa delas próprias – a economia altamente desenvolvida, inaugurada após a Segunda Guerra Mundial, colocou a problemática da concentração ao nível da tutela do poder público³⁹”. São, portanto, cenários que não podem ser mais evitados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura da disciplina jurídica empresarial a interpretações que lhe mantenham coerência, e sejam orientadas pela Constituição, deveria ser hoje seu principal objetivo. O Direito Comercial, como outras disciplinas de direito privado não podem ficar alheio aos fenômenos desta pós-modernidade.

A questão a ser sopesada, com efeito, é que tanto a adoção de uma visão codificada e completa da disciplina jurídica empresarial quanto uma visão exclusivamente publicística ou consumerista das relações empresariais possuem

³⁸ FACHINI NETO, Eugênio. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24.

³⁹ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Poder Econômico, a Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico*. São Paulo: RT, 1967. Poder Econômico, A fenomenologia – seus disciplinamento jurídico. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1967. p. 14.

efeitos danosos ao sistema como um todo. A primeira não afastará um problema que na verdade é de interpretação, posto que os tribunais não deixarão, com a máxima vênua às opiniões diversas, de considerar os cânones constitucionais de valorização social da atividade econômica. E a segunda, à toda evidência, por não sequer apontar um fim ou limite na construção normativa, acabará reprimindo ou repelindo, em médio prazo, a vontade de empreender ante tamanha a insegurança jurídica do modelo defendido.

5 REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tulio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCARELLI, Tulio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de direito mercantil**, São Paulo, n.114, ano 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder Econômico, a Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico**. São Paulo: RT, 1967.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **O pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAVALI, Rodrigo Costenaro. Publicização e funcionalização do direito societário: eficiência econômica, justiça distributiva e o conceito de interesse social. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 3, jan/jun. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. E no Brasil quanto é? **Estado de São Paulo**, São Paulo, 31 dez. 2011.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvahó. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DONALDSON, Thomas. Definindo o valor de fazer bons negócios. Valor Econômico. Governança Corporativa, 3ª parte, ed. 07.07.2005.

EIZERIK, Nelson. O novo Código Comercial e a lei das S/A. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136416,110490+novo+Codigo+Comercial+e+a+lei+das+S+A>>. Acesso em 23 de julho de 2012.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHINI NETO, Eugênio. Direitos fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro – da mercancia ao mercado**. São Paulo: RT, 2009.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de direito mercantil**, São Paulo, n.º 130, abr./jun., 2003.

FURTADO, Celso. **Em busca de um novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

GRAU, Eros. *Ascarelli, a Interpretação, o Texto e a Norma*. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CABONE, Paolo (coord.) **Princípios do novo Código Civil Brasileiro e outros temas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GRAU, Eros. **Direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 45

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da Teoria Sistemático-Moderna à teoria Finalística ou Pós-Moderna do Direito. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e Direito Societário**: poder de controle e grupos de sociedades. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Quartier Latin: 2008.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo. O projeto do Código Comercial.

Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI146663,61044projeto+do+Codigo+Comercial>. Acesso em 23 de julho de 2012.

REHME, Paul. **Historia universal del Derecho Mercantil**. Traduzido para o espanhol E. Gomez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Sociedade anônima: interesse público e privado. **Revista de Direito Mercantil**. São paulo, nº 127, jul.-set, 2002. Malheiros

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SZTAJN, Rachel; e VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O Brasil precisa de um novo Código Comercial? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI137734,61044-O+Brasil+precisa+de+um+novo+Codigo+Comercial?>>. Acesso em 23 de julho de 2012.