

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO COMERCIAL

* **Jaciara Guimarães Rosa Hemétrio**

Graduada em Direito pela FADIVALE- Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.-Pós-graduanda em Direito

RESUMO

Trata-se de um trabalho que visa estudar a evolução havida no Direito Comercial, desde os seus primórdios até o momento atual, quando se verifica que, dada a vertiginosa mudança havida, naturalmente gerada pelos reflexos da modernidade e o surgimento da empresa, ocorreu inclusive a mudança da nomenclatura para Direito Empresarial. O estudo aborda desde os tempos mais remotos, passando do Código de Hamurabi, atingindo os acontecimentos da Idade Média com a ascensão da burguesia, até o momento em que o Direito Italiano acudiu aos reclamos de um Direito de Empresa, saindo da antiga figura do comerciante intermediário, para a figura da atividade empresarial, bem mais consentânea com os tempos modernos. Termina mostrando como o Direito brasileiro se adequou a tal realidade, ocorrida por ocasião da criação do novo Código Civil, que, mesmo não chegando a unificar o antigo Direito Comercial, adotou o novo conceito de Empresa.

Palavras Chaves: Direito Comercial- figura do antigo comerciante- Código Civil da Itália- Noção de empresa- Código Civil brasileiro

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o Direito Comercial (hoje dito Empresarial), desde os seus primórdios, passando pela Idade Média, pelo Código Napoleão, até atingir o surgimento da Empresa, marco histórico produzido pelo Código Italiano de 1.942, que deixou de lado os atos de Comércio arraigados no Código francês, passando a considerar a empresa como o centro de toda a atividade voltada para a produção e circulação de bens ou serviços destinados ao Mercado.

Inicialmente, aborda-se o surgimento da burguesia como ponto de partida para a evolução das atividades mercantis, de vez que tal instituição ,formada por pessoas saídas do meio rural e indo para as cidades (burgos) acabaram por mudar o paradigma da antiga produção e venda de bens, que era eminentemente rural,

passando a trabalhar em feiras nas cidades então tidas como desenvolvidas (Hamburgo, Napolis, Pisa, Bolonha, Amsterdan, etc)

A abordagem prossegue mostrando como a formação das Corporações de Ofício culminou na iniciativa da classe de burgueses em formarem um Direito Comercial particular, tendo como ponto principal uma classe de Pessoas, denominados juízes consulares, que julgavam as pendências e litígios que volta e meia surgiam na atividade dos então mercadores.

Atingiu-se então o século XIX, quando então ocorreu a codificação napoleônica de 1804 (o Código Civil francês) e de 1808 (Código Comercial francês) que, de forma dicotômica, divide o direito privado em direito civil, e, de outro lado, o direito comercial.

O Código civil Napoleônico era reconhecidamente um direito que atendia aos interesses da nobreza fundiária e estava fortemente concentrado no direito de propriedade. Por sua vez, o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária.

A divisão do direito privado em civil e comercial em dois grandes corpos de leis a reger as relações jurídicas entre os particulares, cria a necessidade de criar critério que delimitasse a incidência de cada um desses ramos.

O direito comercial surgiu como um regime jurídico-especial, destinado a regular as atividades mercantis. Como consequência, a doutrina francesa veio a criar a teoria dos atos de comércio, que tinha como uma das principais funções a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio (ou mercancia), a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código Comercial.

O direito comercial regularia, portanto, as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio. Não envolvendo a relação à prática destes atos, seria esta regida pelas normas de Direito Civil.

A definição dos atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optava ou por descrever as suas básicas características, conforme fez o Código Comercial português de 1833 e o Código Comercial espanhol de 1885, ou, por enumerar num rol de condutas típicas, que atos seriam considerados atos de comércio, tais como compra e venda mercantil, armação de navios, corretagem, atividade bancária e de seguro e outras atividades afins.

Passando por tal abordagem, que trata do que nada mais é do que o embrião do direito comercial objetivo baseado no Código Napoleônico, chegou-se até 1942, quando o legislador italiano, por imperativa necessidade de atender aos reclamos da época, que já entendiam como superados os atos de comércio, resolveu unificar o Direito privado, acabando com a dicotomia que dividia tal direito em direito civil e direito comercial.

O surgimento da empresa, de início, causou perplexidade, de vez que não se distinguia corretamente o que o legislador queria dizer com atividade organizada, que compreendia parte da definição dada à empresa.

Os perfis traçados por Alberto Asquini em muito contribuíram para a compreensão do novo conceito de empresa, de vez que, inicialmente, só se compreendia o fenômeno no seu aspecto objetivo, justamente o que não queria a nova concepção de empresa, que concentrava na atividade produtiva de forma organizada, o novo conceito .

Finalmente, aborda o trabalho como o Direito Brasileiro veio a se cristalizar, de vez que, deixando de lado as ordenações do Reino, adotou-se primeiramente o Código Napoleônico que foi o protótipo de nosso primeiro Código Comercial (1850), vindo, após um interregno de 152 anos (1850 a 2002), a adotar de vez o Direito de Empresa, sempre na esteira do Direito europeu, de vez que a nossa legislação atendeu primeiro o Direito Francês para depois adotar o Direito italiano.

2 ORIGENS

2.2 Noção Histórica

Na primeira fase do direito comercial prevalecem os usos e costumes mercantis observados nas relações jurídico-comerciais. Inicialmente, na elaboração desse “direito” não havia ainda nenhuma participação estatal.

Cada Corporação de Ofício possuía seus próprios usos e costumes, e os aplicava por meio de cônsules eleitos pelos próprios associados para reger as relações entre seus membros. Em verdade, tais normas são pseudossistematizadas e, alguns doutrinadores usam a expressão “codificação privada” do direito comercial.

Também nesse período da formação do direito comercial, surgem seus primeiros institutos jurídicos tais como títulos de crédito (letra de câmbio), as sociedades (comendas), os contratos mercantis (contrato de seguro) e os bancos.

Além disso, algumas características próprias do direito comercial começaram a se definir, como o informalismo e a grande influência dos usos e costumes no processo de elaboração de suas regras.

É marcante outra característica da fase inicial do direito comercial, que é o seu caráter subjetivista. Conforme ensina Rubens Requião, o direito comercial era o direito dos membros das corporações de ofício, era um direito a serviço do comerciante. Porém, suas regras só se aplicavam aos seus filiados da corporação.

Sendo assim, bastava que uma das partes de determinada relação fosse comerciante para que essa relação fosse disciplinada pelo direito comercial ou *ius mercatorum*, em detrimento dos demais “direitos” aplicáveis.

Em suma, o direito comercial era um direito feito pelos comerciantes e para os comerciantes, portanto, eminentemente corporativista.

O direito comercial, logo nos seus primórdios, sofreu o impacto evolutivo provocado pela doutrina contratualista, rompendo assim com a teoria contratual desenvolvida pelo direito romano.

Lembre-se que em Roma Antiga, os ideais de segurança e estabilidade da classe dominante amarraram o contrato ao instituto da propriedade. Grosso modo, era o contrato apenas um instrumento através do qual se adquiria e transferia a coisa.

A inicial concepção estática do contrato, bem peculiar do direito romano, não se coadunava com os ideais da classe mercantil, em franca ascensão. Note-se que cede espaço e a vez a solenidade na celebração das avenças e, surge triunfante o princípio da liberdade na forma de celebração dos contratos.

Enfim, o sistema de jurisdição especial, que marca essa primeira fase do direito comercial, provoca profunda transformação na teoria do direito, posto que o sistema jurídico tradicional, viria a ser derogado por um direito específico, peculiar a certa classe social e disciplinador da nova realidade econômica que surgiu.

Após o Renascimento Mercantil, o comércio foi se especificando progressivamente, principalmente em função das feiras e dos navegadores. O mencionado sistema de jurisdição especial surgido e desenvolvido nas cidades italianas e difundido por toda a Europa, chegando em França, Inglaterra, Espanha e Alemanha, que nessa época ainda não era um Estado unificado.

Com a evolução da atividade mercantil, deu-se, *ipso facto*, a evolução do direito comercial e, paulatinamente, a competência dos tribunais consulares foi ampliando-se e abrangendo negócios realizados entre mercadores matriculados e também não-comerciantes.

Durante o declínio da era medievale (meados do século XV), surgem os grandes Estados nacionais e monárquicos. Tais Estados, encarnados e representados pelo monarca absolutista que irá submeter seus súditos, incluindo-se a classe de comerciantes, impondo um direito posto, em contraposição ao direito comercial de

outrora focado na autodisciplina das relações comerciais, por parte dos próprios mercadores, através das corporações de ofício e de seus juízes consulares.

Todas essas radicais mudanças, conforme Ascarelli, irão provocar inclusive a publicação da primeira grande obra doutrinária de sistematização do direito comercial: "*Tractatus de Mercatura seo Mercatore*" de Benvenuto Stracca publicada em 1553, que irá influenciar a edição de leis futuras sobre a matéria mercantil.

O monopólio da jurisdição mercantil escorrega das mãos das corporações de ofícios, principalmente na medida em que o Estado Nacional se fortaleceu e chamou para si o monopólio da jurisdição e, ainda, consagrou a liberdade e a igualdade no exercício das artes e ofícios.

Com o tempo, os diversos tribunais de comércio existentes tornaram-se atribuição do poder estatal. No período de 1804 a 1808, são editados em França, o Código Civil e o Código Comercial.

2.3 O Código Napoleônico

O direito comercial inaugura, então, sua segunda fase, podendo-se cogitar num sistema jurídico estatal preocupado em disciplinar as relações jurídico-comerciais.

Nesse momento, desaparece o direito comercial como direito profissional e corporativista, surgindo um direito comercial imposto pelo Estado.

A codificação napoleônica de 1804 (o Código Civil francês) e de 1808 (Código Comercial francês) divide nitidamente o direito privado em direito civil e, de outro lado, o direito comercial.

O Código Napoleônico era reconhecidamente um direito que atendia aos interesses da nobreza fundiária e estava fortemente concentrado no direito de propriedade. Por

sua vez, o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária.

A divisão do direito privado em civil e comercial em dois grandes corpos de leis a reger as relações jurídicas entre os particulares cria a necessidade de criar critério que delimitasse a incidência de cada um desses ramos.

O direito comercial surgiu como um regime jurídico-especial destinado a regular as atividades mercantis. Vindo a doutrina francesa a criar a teoria dos atos de comércio que tinha como uma das principais funções a de atribuir, a quem praticasse os denominados atos de comércio (ou mercancia), a qualidade de comerciante o que era pressuposto para a aplicação das normas do Código Comercial.

O direito comercial regularia, portanto, as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio. Não envolvendo a relação à prática destes atos, seria esta regida pelas normas de Direito Civil.

A definição dos atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optava ou por descrever as suas básicas características conforme fez o Código Comercial português de 1833 e o Código Comercial espanhol de 1885 ou por enumerar, num rol de condutas típicas, que atos seriam considerados de atos de mercancia.

A teoria dos atos de comércio fora adotada pelo Código Comercial brasileiro de 1850 e teve como proposta alterar o modo de classificar o comerciante de forma subjetivista (aquele que estava matriculado), para um critério objetivista (a atividade comercial).

Para essa teoria é a atividade que dá origem às relações reguladas pelo direito comercial. Isso resulta que determinados atos encontram-se sujeitos a aplicação do direito comercial enquanto que outros atos não.

Na segunda fase do direito comercial há relevante mudança posto que a mercantibilidade antes definida apenas pela qualidade do sujeito (pois o direito

comercial era o direito aplicável aos membros das corporações de ofício), passa a ser definido pelo objeto (pelos atos de comércio).

Desta forma, a doutrina afirma que com a codificação napoleônica realizou uma objetivação do direito comercial, realizando uma nítida bipartição do direito privado.

Tulio Ascarelli (1976) a esse respeito lecionou que tal objetivação ocorreu em razão da formação dos Estados Nacionais da Idade Moderna, que impuseram sua soberania ao particularismo antes reinante na ordem jurídica anterior e se inspiravam no princípio de igualdade, sendo, por conseguinte, avessos a qualquer tipo de distinção das disciplinas jurídicas que se amparassem em critérios subjetivos.

É bem fácil detectar as deficiências do sistema francês principalmente por classificar uma relação jurídica, sem que haja entre estas, nenhum elemento interno de ligação gerando, portanto grave indefinição sobre a natureza mercantil.

Duas formulações se destacaram sobre os atos de comércio, a de Thaller que os resumia à atividade de circulação de bens ou serviços, e a formulação de Alfredo Rocco, citada por Requião, que via nos atos de comércio a característica comum de intermediação para a troca.

A teoria de Rocco, citada por Requião em sua obra (2005), fora predominante e concluía que todos os atos de comércio tinham em comum a intermediação na efetivação da troca (realizavam diretamente a referida intermediação ou facilitavam a sua execução)

3- O DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO E O CÓDIGO DE 1850

Importantíssimo é referir-se aos fatos históricos relativos à edição do Código Comercial Brasileiro de 1850, pois durante longo tempo o país não possuiu efetivamente uma legislação própria. Sabido é que vigeram longamente as leis

portuguesas, as chamadas Ordenações do Reino (Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas).

Mas, com a vinda da família real para a colônia, com Dom João VI, deu-se a abertura dos portos às nações amigas (leia-se mais propriamente a Inglaterra), o que incrementou o comércio na então colônia, fundando-se a “Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação” que tinha outros objetivos tornar viável a ideia de criar um direito comercial brasileiro.

Após algum tempo, em 1832 foi criada uma comissão com a finalidade de por essa ideia em prática, e, em 1834 a referida comissão apresentou ao Congresso um projeto de lei que fora promulgado em 15/06/1850, ou seja, a Lei 556, enfim o Código Comercial Brasileiro.

Basicamente, foi esse diploma legal que definiu o comerciante como aquele que exercia a mercancia de forma habitual como sua profissão. Apesar do referido Código não expressar o que considerava exatamente mercancia (atos de comércio) o legislador posteriormente tratou de fazê-lo, através do Regulamento 737, também no ano de 1850.

O fato da prestação de serviços, a negociação imobiliária e atividades rurais terem sido esquecidas no rol, justificou a dura crítica feita ao sistema francês. Esclareceu o Regulamento em seu art. 19 o que era mercancia.

Apesar de em 1875 ter sido revogado o Regulamento 737/1850 continuou o rol enumerativo dos atos de comércio sendo considerado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para definição das relações jurídicas que mereciam a disciplina jurídico-comercial.

Porém, não era somente o Regulamento 737 de 1850 que definia os chamados atos de comércio no Brasil, havia outros dispositivos legais como a lei que regulava as letras de câmbio e notas promissórias conforme os termos do art. 57 do Decreto 2.044 de 1908 e, as operações realizadas por sociedades anônimas conforme os termos do art. 2º, primeiro parágrafo da Lei 6.404 de 1976.

Também promoveu o dito código a unificação formal do direito privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legal. Enfim, o direito comercial entra em sua terceira fase evolutiva, onde há a superação do conceito de mercantilidade e, adotando o critério da empresarialidade, como forma de delimitar a incidência da legislação comercial.

Tal unificação foi meramente formal, posto que o direito comercial ainda conservava sua autonomia didático-científica. Desta forma, o direito civil continua a ser um regime jurídico geral do direito privado e o direito comercial continua a ser um regime jurídico especial do direito privado, que se destina a disciplinar o mercado.

Com a teoria da empresa, o direito comercial deixou de ser tradicionalmente o direito do comerciante (período subjetivo das corporações de ofício) ou o direito dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica) para ser o direito da empresa o que o fez abranger maior espectro de relações jurídicas.

Portanto, em princípio, qualquer atividade econômica, desde que seja exercida empresarialmente, está submetida à disciplina das normas do direito empresarial.

4. SURGIMENTO DA TEORIA DA EMPRESA.

Em 1942, o Código Civil Italiano trouxe um novo delimitador da incidência do regime jurídico comercial, com a teoria da empresa, apesar de sua contaminação com o fascismo. E, em que pese ainda, de não ter o diploma legal italiano proposto o conceito jurídico de empresa.

O trabalho feito por Alberto Asquini, a respeito do tratamento que se dava à empresa, analisou com perspicácia que a empresa é fenômeno econômico poliédrico que, transferido para o Direito, apresentavam não apenas um, mas variados perfis: perfil subjetivo (figura do empresário), perfil funcional (a empresa como atividade econômica), perfil objetivo (empresa como estabelecimento) e perfil corporativo (empresa como instituição).

Também promoveu o dito código a unificação formal do direito privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legal. Enfim, o direito comercial entra em sua terceira fase evolutiva, onde há a superação do conceito de mercantilidade e, adotando o critério da empresarialidade, como forma de delimitar a incidência da legislação comercial.

Tal unificação foi meramente formal, posto que o direito comercial ainda conservava sua autonomia didático-científica. Desta forma, o direito civil continua a ser um regime jurídico geral do direito privado e o direito comercial continua a ser um regime jurídico especial do direito privado, que se destina a disciplinar o mercado.

Com a teoria da empresa, o direito comercial deixou de ser tradicionalmente o direito do comerciante (período subjetivo das corporações de ofício) ou o direito dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica) para ser o direito da empresa o que o fez abranger maior espectro de relações jurídicas.

Portanto, em princípio, qualquer atividade econômica, desde que seja exercida empresarialmente, está submetida à disciplina das normas do direito empresarial.

A terceira fase da evolução do direito comercial é chamada de fase moderna, é a fase que se desvincula do sistema francês enquanto o conceito de empresa estava ligado ao critério dos atos de comércio, passando a adotar o conceito de empresa como organização de fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou serviços em massa.

A definição do conceito jurídico de empresa é até hoje um problema para os doutrinadores do direito empresarial. Deve-se ao fato de ser empresa conforme aludiu Asquini um fenômeno econômico complexo que compreende a organização de vários fatores como a natureza, capital, trabalho e tecnologia.

Portanto, o fenômeno econômico vertido para o universo jurídico, a empresa não adquire apenas um sentido unitário, e, sim, diversas e distintas acepções.

Por ser poliédrico posto que admita quatro perfis diferentes:

- a) perfil subjetivo, pelo qual a empresa seria pessoa física ou jurídica, ou seja, o empresário;
- b) perfil funcional pelo qual a empresa seria uma particular força em movimento, é a atividade empresarial dirigida a um determinado fim produtivo;
- c) perfil objetivo ou patrimonial pelo qual a empresa seria um conjunto de bens afetados ao exercício da atividade econômica desempenhada, ou seja, o estabelecimento empresarial;
- d) perfil corporativo pelo qual a empresa seria uma comunidade laboral, uma instituição que reúne o empresário e seus auxiliares ou colaboradores, ou seja, um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum.

Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de teoria da empresa. O Direito Comercial, em sua terceira etapa evolutiva, deixa de cuidar de certas atividades (as de mercancia) e passa a disciplinar uma forma específica de produzir ou circular os bens ou serviços, a empresarial. Atente para o local e ano em que a teoria da empresa se expressou no ordenamento jurídico, em plena Itália fascista de Mussolini.

Para o fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus antagonismos na medida em que se unem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder (*duce*), que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes sociais em conflito.

Convém sublinhar que Asquini, um dos expoentes da doutrina comercialista italiana, ao tempo do governo fascista, costumava apontar como um dos perfis da empresa o corporativo, em que se expressava a comunhão dos propósitos de empresário e trabalhadores.

A teoria da empresa acabou se desvencilhando das raízes ideológicas fascistas. Por seus méritos jurídico-tecnológicos, sobreviveu à redemocratização da Itália e permanece delimitando o Direito Comercial daquele país até hoje.

Também por sua operabilidade, adequada aos objetivos da disciplina da exploração de atividades econômicas por particulares no nosso tempo, a teoria da empresa inspirou a reforma da legislação comercial de outros países, como a da Espanha de 1989.

De todas as diferentes acepções de empresa já mencionadas por Asquini, considerava o perfil corporativo (ou hierárquico) ultrapassado, pois só que sustentava a partir da ideologia fascista que predominou na Itália quando da época do Código Civil de 1942.

As demais acepções de empresa a partir dos demais perfis se referem a três realidades distintas, porém intimamente relacionados: o empresário, o estabelecimento empresarial e a atividade empresarial.

O melhor perfil é o funcional posto que a empresa seja uma atividade econômica organizada. É em torno dessa atividade econômica organizada que vão gravitar todos os demais conceitos fundamentais do direito empresarial, sobretudo o conceito de empresário e de estabelecimento empresarial (complexo de bens usados para o exercício de atividade econômica organizada, isto é, para o exercício de uma empresa).

5. A TEORIA DA EMPRESA E O NOVO PARADIGMA DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO.

À exemplo do que ocorreu na doutrina europeia, também a doutrina pátria não logrou êxito para atribuir um conceito unitário de atos de comércio. E, nesse sentido, foi lapidar a frase do professor Brasília Machado citado por Rubens Requião (2005), que bem sintetizou a situação: “problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”.

A noção de atos de comércio é ultrapassada principalmente em face da efervescência do mercado, notadamente em função da Revolução Industrial (1824) quando se deu o surgimento de diversas atividades econômicas relevantes.

Em 1942, o Código Civil Italiano trouxe um novo delimitador da incidência do regime jurídico comercial, com a teoria da empresa, apesar de sua contaminação com o fascismo. E, em que pese ainda, de não ter o diploma legal italiano proposto o conceito jurídico de empresa.

O trabalho feito por Alberto Asquini, a respeito do tratamento que se dava à empresa, analisou com perspicácia que a empresa é fenômeno econômico poliédrico que, transferido para o Direito, apresentavam não apenas um, mas variados perfis: perfil subjetivo (figura do empresário), perfil funcional (a empresa como atividade econômica), perfil objetivo (empresa como estabelecimento) e perfil corporativo (empresa como instituição).

Também promoveu o dito código a unificação formal do direito privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legal. Enfim, o direito comercial entra em sua terceira fase evolutiva, onde há a superação do conceito de mercantilidade e, adotando o critério da empresarialidade, como forma de delimitar a incidência da legislação comercial.

Tal unificação foi meramente formal, posto que o direito comercial ainda conservava sua autonomia didático-científica. Desta forma, o direito civil continua a ser um regime jurídico geral do direito privado e o direito comercial continua a ser um regime jurídico especial do direito privado, que se destina a disciplinar o mercado.

Com a teoria da empresa, o direito comercial deixou de ser tradicionalmente o direito do comerciante (período subjetivo das corporações de ofício) ou o direito dos atos de comércio (período objetivo da codificação napoleônica) para ser o direito da empresa o que o fez abranger maior espectro de relações jurídicas.

Portanto, em princípio, qualquer atividade econômica, desde que seja exercida empresarialmente, está submetida à disciplina das normas do direito empresarial.

5.1.A teoria da empresa no Brasil e o Código Civil de 2002 (legislação e doutrina)

Com a divulgação da teoria da empresa após a edição do *Código Civil* de 1942, e com a nítida aproximação do direito brasileiro do sistema italiano, Começa a surgir maior ênfase sobre as vicissitudes da teoria dos atos de comércio e a se destacarem as vantagens da teoria da empresa.

Também a jurisprudência brasileira revelava sua insatisfação com a tese dos atos de comércio e sua maior simpatia pela tese da empresa. O que acarretou a decisão de vários juízes no sentido, por exemplo, de conceder concordata aos pecuaristas e concedendo a renovação compulsória de contrato locatício, o reconhecimento das sociedades prestadoras de serviços (tais institutos eram peculiares ao regime jurídico comercial), sendo aplicados aos agentes, não perfeitamente enquadrados no conceito de comerciante então adotado pela legislação da época.

Esse grande avanço para a jurisprudência estava se afastando do ultrapassado critério da mercantilidade e passando então a adotar a empresarialidade como base para melhor fundamentar suas decisões.

E, nesse sentido destacaram-se diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que, desconsiderando as ultrapassadas previsões do Código Civil Comercial de 1850 e, já atestavam a mercantilidade da negociação imobiliária e da atividade de prestação de serviços.

Também na seara legislativa, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/1990, trouxe um exemplo claro posto que o conceito de fornecedor seja particularmente amplo, englobando todo e qualquer exercente, de atividade econômica no âmbito da cadeia produtiva.

Muito se aproximando do moderno conceito de empresário mais do que do antigo conceito de comerciante.

Porém, mesmo antes do CDC, veio a Lei 4.137/1962 coibir o abuso do poder econômico no Brasil, e, em seu art. 6º *in litteris* previa: “considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

Evidentemente tal alteração legislativa fora lenta e gradual e, se consolidou finalmente com a vigência do Código Civil brasileiro de 2002.

Seguindo fielmente o Código Civil Italiano de 1942, o nosso código civil vigente também derogou grande parte do Código Comercial de 1850 na busca de unificação ainda que formal de todo direito privado brasileiro.

Resta atualmente ainda vigente apenas a segunda parte do Código Comercial, particularmente referente ao comércio marítimo.

Também o direito falimentar que já fora antes regulamentado pelo Decreto-Lei 7.661/1945 foi substituído pela Lei 11.101/2005, a Lei de Falência e Recuperação de Empresas assumindo claramente a teoria da empresa.

Assim, o Código civil de 2002 previu no seu Livro II, Título I, trata do “Direito da Empresa” vem finalmente desaparecer a figura do comerciante e surge então a figura do empresário (não se cogitando mais em sociedade comercial e, doravante sim, de sociedade empresária).

Tendo afinal o Código Civil (de 2002) efetivamente adotado a teoria da empresa restou então completamente superada o deficiente critério traçado pelos atos de comércio.

Expressamente em seu art. 2.037 expõe que as diversas normas comerciais até então existentes e que não foram revogadas pelo diploma legal devem ser aplicadas aos empresários, o que comprova que o conceito de empresário veio realmente para substituir o vetusto conceito de comerciante.

Ainda persiste a divisão material do direito privado, contrapondo regimes jurídicos distintos para disciplinar as relações civis e empresariais. Verificamos que também o referido Código Civil brasileiro não definiu o que seja empresa, porém, em seu art. 966 esclareceu o que seja empresário (quem exerce profissionalmente a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços).

Empresa enfim é, portanto, a atividade, algo abstrato. Empresário, por sua vez, é quem exerce a empresa. Assim, a empresa não é sujeito de direito. O sujeito de direito é o titular da empresa, ou seja, o empresário, que pode ser uma pessoa física ou natural (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresária)

O grande busilis para se entender o conceito de empresa é que o referido vocábulo é utilizado de forma por vezes a técnica, até mesmo pelo legislador.

Na verdade, a empresa é conceito abstrato correspondente à atividade econômica organizada e destinada à produção ou à circulação de bens ou serviços.

Porém, não se deve confundir a empresa com a sociedade empresária, apesar de serem conceitos intimamente inter-relacionados. Enfim, a Lei 10.406/2002 que institui o nosso atual Código Civil, completou a tão esperada transição do direito comercial brasileiro, abandonando a teoria francesa dos atos de comércio para enfim adotar a teoria italiana de empresa.

5.2. O problema da nomenclatura: direito comercial ou direito empresarial?

Não é difícil constatar a relutância de alguns autores desse ramo do Direito em aceitarem a mudança de nomenclatura, isto é, consagrando-se o direito de empresa e taxar de vez o ramo de direito empresarial, ao invés de direito comercial. A reedição de obras já consagradas mostram isso, mantendo a nomenclatura tradicional, isto é, direito comercial. Inegavelmente a expressão direito comercial se consagrou no mundo jurídico-acadêmico e profissional, sobretudo porque o comércio foi a atividade precursora do Direito.

Mas, atualmente o direito comercial não cuida apenas do comércio, ampliou seus horizontes para disciplinar toda a atividade econômica exercida profissionalmente, com fim lucrativo e com finalidade de produzir e circular bens ou serviços.

Então, hoje o direito comercial cuida de relações empresariais.

O direito empresarial é um ramo jurídico especial de direito privado destinado à regulação das atividades econômicas e dos seus agentes produtivos. E se aplica aos agentes econômicos chamados de comerciantes e, doravante denominados de empresários individuais e as sociedades empresárias.

A autonomia do direito comercial em razão do direito civil não significa que sejam ramos incommunicáveis e contrapostos. Estando tanto o direito civil como o direito privado englobados na rubrica do direito privado e, possuem institutos jurídicos comuns.

Como bem destacou Tullio Ascarelli (1976), a afirmação de que direito empresarial como um conjunto sistematizado de regras especiais contribui para o próprio desenvolvimento do direito civil, já que os institutos específicos que nascem no direito empresarial que com passar do tempo e, por força de evolução foram sendo encorpados ao direito comum.

É o caso do bem de família, o qual, pensado originalmente com o fito de limitar a responsabilidade do comerciante individual mas que fora incorporado ao Código Civil de 1916 em seus arts. 70 e 71.

A tese da perda da autonomia científica do direito comercial é apoiada pelo processo de unificação legislativa do direito privado e de sua adaptação à nova realidade, representando, em definitivo, a extinção do direito comercial como ramo autônomo.

Cabe ao direito civil disciplinar genericamente os direitos e obrigações de ordem privada concernente às pessoas, aos bens e às suas relações, sendo fonte normativa subsidiária para os demais ramos do direito.

É verdade que o direito civil foi o próprio direito privado, mas isso realmente alterou profundamente a partir do desenvolvimento das atividades mercantis, o que forçou o surgimento do direito comercial destinado a ser ramo especial para disciplinar os interesses especiais dos agentes econômicos.

Inegável, portanto que o direito comercial ou direito empresarial é positivamente um ramo autônomo e independente da árvore jurídica. Tanto que é lecionado como disciplina autônoma seja na graduação ou pós-graduação.

6 CONCLUSÃO

O Direito Comercial, hoje Direito Empresarial, é geralmente estudado nas faculdades, levando-se em consideração as fases que facilmente se vislumbram na sua evolução através dos tempos.

Assim é que, Rubens Requião entende que são três as fases em que se estuda esse ramo do direito privado, a saber, Primeira fase, aquela embrionária que começa com o aparecimento em muitas cidades da Europa das Corporações de Ofício, formadas no seio dos mercadores da época e que fizeram do Direito Comercial um direito particular, autônomo, corporativo e consuetudinário. A segunda fase, conforme Requião, seria aquela iniciada pelo aparecimento do Código Napoleônico, em 1807, chamada de fase objetiva, uma vez que já baseada no direito do Estado e não no direito costumeiro, próprio da primeira fase. Foi o Direito baseado nos Atos de Comércio, adotado no Brasil com o surgimento do Código Comercial de 1.850. A terceira fase apontada por Requião, trata-se justamente da fase moderna, com a implantação do direito de empresa, quando se abandonou a teoria dos Atos de Comércio e passou-se a adotar a empresa como o centro das atividades de produção e circulação de bens e serviços.

Cabe destacar que não foi fácil para o mundo de então compreender o sentido da palavra empresa, para o que concorreu de maneira extraordinária o trabalho

desenvolvido por Alberto Asquini, ao criar a teoria dos perfis da palavra empresa, perfis subjetivo, objetivo, funcional e corporativo ou institucional.

Porém, não se deve confundir a empresa com a sociedade empresária, apesar de serem conceitos intimamente inter-relacionados. Enfim, a Lei 10.406/2002 que institui o nosso atual Código Civil, completou a tão esperada transição do direito comercial brasileiro, abandonando a teoria francesa dos atos de comércio para enfim adotar a teoria italiana de empresa.

Impende constatar, entretanto, que apesar disso, até hoje, o direito brasileiro, via de seu legislador, não entendeu corretamente o conceito de empresa como atividade, o que demonstra o surgimento, via de regra, de expressões como microempresa, empresa de pequeno porte, empresa individual de responsabilidade limitada e por aí afora.

De qualquer maneira, mesmo que isso ocorra e praticamente com a convicção de que tais mazelas legislativas dificilmente terão um fim, concorre para tirar as dúvidas e incertezas a boa doutrina brasileira sobre o assunto, de vez que, atualmente, o que se percebe é que a doutrina brasileira já superou essa incerteza interpretativa, prova é dos bons trabalhos que estão surgindo no mercado jurídico do país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.993;

ARAÚJO, José Francelino de. **Manual de Falências e Concordatas**. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1.996;

ASCARELLI, Tullio. Revista de Direito Mercantil- **Origem do Direito Comercial**. 1976.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. V.7:8, 1.963;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa(coordenador). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 1, 2015.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 23. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, v.01, 2005