

A Dignidade do Direito Mercantil*.

Oscar Barreto Filho

Professor Titular de Direito Comercial na
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

A crise do direito contemporâneo.

1. Constitui hoje em dia um truismo falar em crise do Direito. Os valores fundamentais da cultura e, conseqüentemente, da ordem jurídica, vem sendo continuamente submetidos a um processo crítico, e apregoa-se a necessidade da revisão de conceitos tradicionais, visando sua melhor adequação à realidade social contemporânea. No entrechoque das idéias e das doutrinas filosóficas, políticas e sociais, definem-se outras orientações, alteram-se ou substituem-se os corpos de leis e reformam-se os velhos institutos; numa palavra, aplica-se o espírito humano ao trabalho incessante de modelagem do Direito novo.

Dentre os motivos que impelem o espírito humano a essa renovação, inserem-se, a par de fatores éticos, políticos e sociais, necessidades econômicas inelutáveis.

2. No “processus” da experiência jurídica, contudo, afirma-se cada vez com maior intensidade a concepção humanista do Direito, no sentido de que a *pessoa humana* é o valor-fonte de todos os demais valores, o valor por excelência que ao Direito cumpre preservar.

Sem chegar ao extremo de reduzir a pessoa humana ao simples *homo economicus*, determinado pelo valor do

* Aula de abertura dos cursos jurídicos, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 8 de março de 1973.

útil, nem ao exagero de subordinar, de modo absoluto, todas as demais motivações do espírito humano (os valores da vida, da verdade, do belo, do amor, do poder, do santo ou do justo) ao valor fundante das exigências econômicas, deve-se reconhecer o papel relevante que o fator utilitário desempenha na organização da vida social.

Não se pode, contudo, admitir o condicionamento de toda a estrutura jurídica aos processos técnicos de produção econômica, porque a realização do valor do *justo* importa a coordenação harmônica de outros valores, assim como a liberdade, a igualdade, e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana. No dizer expressivo de MIGUEL REALE, “a justiça social é uma composição harmônica de valores sociais, de maneira que cada homem possa realizar a plenitude de seu ser, e a sociedade atingir um máximo de bem estar, compatível com a convivência pacífica e solidária” (*Filosofia do Direito*, 2.^a ed., vol. II, n. 125).

3. Na constelação axiológica do *justo*, o elemento econômico melhor se evidencia no direito mercantil, que é exatamente o ramo do Direito que regula a atividade dos homens quando aplicada à produção ou à circulação de riquezas destinadas ao mercado.

Daí a questão básica, de ordem deontológica, que se coloca na problemática do moderno direito mercantil, de conciliar as exigências da técnica econômica com os valores fundamentais do Direito. A solução adequada desse problema, que desafia a inteligência dos melhores juristas, exprime na sua plenitude a verdadeira dignidade científica do direito mercantil.

Direito e Economia.

4. A correlação estreita que existe entre Direito e Economia tem sido salientada pela análise dos jusfilósofos. Muito conhecida é a doutrina de STAMMLER, para quem o Direito é uma *forma pura*, uma categoria “a priori”, que

condiciona logicamente a experiência histórica, a qual é fundamentalmente econômica. No seu livro *Direito e Economia*, sustentou STAMMLER ser o Direito uma forma universal da experiência social, que é de *conteúdo econômico*. A Economia dá o conteúdo àquilo que é formalmente jurídico. Nesse livro, STAMMLER estuda e critica a doutrina marxista do Direito, a qual pretende reduzir a experiência jurídica a um reflexo da ordem econômica ou a uma superestrutura dos processos de produção ditados por exigências vitais. STAMMLER mostra, ao contrário, que a Economia pode ser o conteúdo historicamente variável do Direito, mas não a forma ordenatória desse conteúdo mesmo, que é dado por uma modalidade universal do espírito (apud MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, vol. II, n. 134).

5. Contrapondo-se à posição apriorista de STAMMLER, afirmam os empiristas que deve o jurista partir dos fatos particulares, comparando-os entre si, notado as relações constantes, estabelecendo leis, para, afinal, atingir os princípios gerais, mediante uma aplicação rigorosa do método indutivo.

Aderem geralmente os comercialistas ao *empirismo jurídico*, a começar por CESARE VIVANTE, para quem se deve buscar na intimidade da História o sistema do direito vigente. Ensinava o grande mestre da Universidade de Roma que, para completar a obra da jurisprudência só há um remédio: estudar a prática mercantil dominada, como está, por grandes leis econômicas, e fazer do estudo do Direito uma ciência de observação (prefácio à 1.^a edição do *Tratado de Direito Comercial*). Posição semelhante assumem, entre nós, os grandes comercialistas CARVALHO DE MENDONÇA e WALDEMAR FERREIRA.

Apegando-se à orientação empirista, asseveram os cultores do direito mercantil que este parte da observação dos fatos econômicos para deles extrair os princípios gerais. Em virtude do tráfico comercial, vão surgindo novos fatos econômicos, que se desenvolvem, inicialmente, de modo empí-

rico. A experiência vai ajustando esta *praxis* a formas novas de negócios, que se cristalizam em processo técnico-econômicos. Estas formas e processos são objeto de observação e, depois de sofrerem a elaboração necessária à sua integração no sistema jurídico, recolhidos em normas que vão reger sua atuação, no plano do direito.

6. Sem nos deter no exame dos pressupostos metodológicos, qualquer que seja a posição adotada, verifica-se que o *conteúdo* ou substrato do direito mercantil é essencialmente econômico.

Revela, contudo, a experiência histórica que tem variado, através dos tempos, o critério aferidor da comercialidade das relações jurídicas, acarretando a mutação do conteúdo do direito mercantil. Daí a necessidade de ilustrar a origem e o processo evolutivo da disciplina, em função não só dos fatos da história econômica, mas também em razão de critérios formais.

Os dados da experiência histórica.

7. Embora existisse, desde o início da civilização, a atividade econômica, exercida através da troca de bens, as normas jurídicas reguladoras dessa atividade eram esparsas e difusas. Sempre houve comércio e pessoas que o praticaram em caráter profissional, porém na Antiguidade inexistiu um corpo específico e orgânico de normas relativas ao comércio.

Não é este o momento de traçar o esboço histórico do direito comercial. Mas é importante assinalar as circunstâncias históricas que presidiram à aparição e desenvolvimento da disciplina.

8. No período pré-romano, que corresponde à Antiguidade oriental, e em Roma, não houve monumentos legislativos de caráter especificamente comercial. Desde o Código de Hamurabi, rei da Babilônia (2.000 A. C.), até

o *Corpus Juris Civilis* de JUSTINIANO (século VI), os institutos que hoje se integram no direito mercantil não foram objeto de tratamento sistemático, confundindo-se com as normas do direito privado comum; só por exceção, alguns textos isolados se referem diretamente ao comércio.

Diversas explicações foram aventadas para tal situação. Alega-se que o preconceito existente contra a mercancia afastava os cidadãos do seu exercício, tornando-o privativo de escravos ou de estrangeiros. Mas isto se explica melhor, não pela psicologia social, mas pelo fato de que predominava no mundo antigo uma estrutura patriarcal e escravagista, de modo que o comércio não era exercido diretamente pelos cidadãos, mas sim por meio de escravos ou libertos. Não havia necessidade de normas especiais, porquanto entre o senhor e o escravo só havia relações de direito comum.

9. No entanto, historicamente, a par do rígido sistema do direito tradicional, peculiar a cada povo, foi-se formando outro conjunto de regras mais flexíveis, constituído de normas consuetudinárias, consideradas como comuns a todos os povos e por isso mesmo aplicáveis não só aos cidadãos, como também aos estrangeiros. Tais regras se destinavam precipuamente a regular, de maneira pragmática, o intercâmbio de bens econômicos, feito principalmente por via marítima. Mas, simultaneamente com a satisfação das necessidades materiais, mediante a troca de bens, ainda se estimulava, por obra e arte dos mercadores, a difusão das idéias, da ciência, das letras e das artes. Conhecido é, a esse respeito, o papel desempenhado na Antigüidade pelos fenícios, chamados por HENRI DE PIRENNE os “caixeiros-viajantes da civilização”.

A coexistência do direito tradicional de cada povo e de regras e institutos de inspiração cosmopolita, permitiu aos diferentes povos da Antigüidade atravessar largos séculos da História com um só sistema jurídico, nele integrando as adaptações impostas pelo tráfico mercantil, para

atender às necessidades emergentes. O fenômeno que, no passado, sucedeu em Roma, onde o *jus gentium* temperou e amoldou às exigências do comércio as normas do *jus civile*, ainda hoje persiste nos países que se filiam ao sistema do direito inglês, nos quais os princípios mais elásticos da *equity* e da *merchant law* completam o corpo da *common law*.

10. O isolamento a que foram compelidos os povos do ocidente europeu, em virtude das invasões dos bárbaros e da conquista do Mediterrâneo pelos árabes (séculos VII a XII), ensejou a fragmentação do poder político, que passou a ser exercido, no âmbito local, pelos senhores feudais. Durante a alta Idade Média, o poder político e também o econômico se baseavam na propriedade da terra, ao mesmo tempo que a dificuldade de comunicações estrangulava a circulação de riquezas e impunha a cada domínio feudal a auto-suficiência na produção de bens econômicos.

Somente na baixa Idade Média, a partir do século XII, com a expulsão dos árabes da Europa e o restabelecimento do tráfico no Mediterrâneo, é que se transformam as condições do meio econômico-social, de modo a propiciar a expansão da vida urbana e mercantil.

11. Começam, então, a fazer sua aparição no cenário da História um novo sistema econômico — a economia artesanal pré-capitalista, uma nova classe social — a *burguesia* urbana, e um sistema jurídico adequado a regular os novos tipos de relações derivadas das atividades econômicas — o *direito comercial ou mercantil*. Opera-se, nessa época, a transição do regime feudal, baseado na propriedade da terra e numa economia fechada de caráter essencialmente agrícola, para os tempos modernos, caracterizados pela predominância da riqueza mobiliária e da economia de mercado, de caráter urbano e comercial.

O direito comercial surgiu, historicamente, como um sistema especial de normas destinadas a reger a atividade

econômica de troca, desenvolvida nos mercados por uma classe de profissionais: os comerciantes ou mercadores. Era, em síntese, o direito profissional dos comerciantes.

Esta concepção inicial perdurou por longos séculos, evoluindo, contudo, sob o influxo das doutrinas filosóficas, políticas e sociais.

12. No primeiro estágio, do corporativismo (séculos XII a XVI), assistimos à formação do direito estatutário, que constitui a forma embrionária do direito comercial. A insegurança da ordem pública na Europa, durante o feudalismo, determinou a concentração, nos burgos medievais, dos artesãos e mercadores, que se agrupavam em corporações, para assegurar-se mútua proteção e assistência. Além de participarem dos conselhos das comunas, as corporações ou grêmios de mercadores organizavam as próprias leis internas ou *estatutos*, destinados a regular as relações negociais e dirimir as questões surgidas entre os seus membros, sujeitos à jurisdição dos tribunais consulares. Esse direito corporativo, diverso do direito emanado do Estado, era formado pelos usos e costumes geralmente observados pelos comerciantes e compilados nos estatutos; daí a designação de direito estatutário.

13. O segundo período da evolução histórica do direito comercial caracteriza-se pela formação dos modernos Estados nacionais, os quais surgem a partir de fins do século XVI. Fortalece-se o poder central, sob a égide da política mercantilista e da expansão colonialista, em detrimento dos poderes locais. Em consequência, o direito comercial, originariamente de caráter costumeiro, formado no seio das corporações, passou a emanar do próprio Estado. Datam desse período as primeiras grandes codificações do direito comercial, as duas famosas Ordenações francesas de Luís XIV. Nota-se, já nesse período, sob a influência do capitalismo incipiente, a tendência para retirar ao direito comercial o caráter profissional, mesmo porque o comércio passa

a ser exercido inclusive pelo Estado, com a criação das grandes sociedades de colonização, de que foram exemplos, na Holanda, a Companhia das Índias Orientais e a Companhia das Índias Ocidentais (século XVII).

14. O terceiro período da história do direito comercial corresponde ao predomínio do individualismo na economia (ensejado pela primeira revolução industrial, originada na Inglaterra) e do liberalismo na política (implantado pela Revolução Francesa). O liberalismo político, em oposição ao poder absoluto do monarca, prega o primado da liberdade e da igualdade, afirmando os direitos civis e políticos dos cidadãos e negando os privilégios de classe, inclusive dos comerciantes e suas corporações. O Código de Comércio francês de 1807 acentua a tendência da “desprofissionalização” ou objetivação do direito comercial. Procura-se transmutar a feição do direito mercantil, que deixa de ser o direito próprio dos comerciantes (*critério subjetivo*) para tornar-se o direito próprio dos atos de comércio, enumerados na lei (*critério objetivo*). A adoção desse novo critério possibilitou a ampliação do campo da disciplina, que passou a abarcar as atividades industriais e outros atos da vida econômica. Como corolário natural do princípio da liberdade econômica, admite-se o acesso de qualquer cidadão ao mercado, ou seja, o princípio da livre iniciativa.

15. O período do intervencionismo estatal, implantado a partir da guerra de 1914-1918, perdura em nossos dias. Para minorar ou mesmo impedir os excessos e abusos da liberdade de iniciativa, faz-se mister regulamentar o livre jogo da concorrência, seja coibindo a chamada concorrência desleal e ilícita, seja reprimindo os monopólios (trustes e cartéis). A tal ponto vai a intervenção do Estado no domínio econômico, que reivindica foros de autonomia um novo ramo da ciência jurídica, cujo objetivo é exatamente a disciplina das relações derivadas das atividades do Estado no campo da economia dirigida — o *direito econômico*.

Os critérios clássicos definidores da comercialidade.

16. Na evolução histórica do direito mercantil, surgiram dois critérios formais para a qualificação da matéria comercial.

De acordo com a *concepção subjetiva*, originada no direito estatutário medieval, consideram-se mercantis as relações próprias dos comerciantes e seus auxiliares, ou seja, daquelas pessoas que exercem profissionalmente o comércio. Toda a construção do Direito Comercial é feita tomando-se como centro o sujeito ou agente; trata-se, em suma, do direito profissional de uma classe.

Em conformidade com a *concepção objetiva*, são considerados mercantis os atos enumerados em lei, qualquer que seja a qualificação do agente. Segundo esta concepção, que inspirou o Código de Comércio francês de 1807, o sistema do Direito Mercantil pode ser construído a partir do *ato de comércio*.

17. Nenhuma dessas concepções unilaterais pode, todavia, ser acolhida com absoluto rigor lógico, e a própria experiência histórica nos revela que em nenhum tempo ou lugar prevaleceu em sua inteireza algum desses critérios. Embora o Código de 1807 tenha tomado como base a concepção objetiva, mostra RIPERT que ele contém textos que se filiam à concepção subjetiva. Do mesmo modo, o Código Comercial brasileiro de 1850 também não se caracteriza pela pureza de princípios, mesclando os dois critérios.

Estas duas concepções da comercialidade, que se baseiam em critérios aprioristas, são, evidentemente, insatisfatórias, sob o ponto de vista lógico-formal. No dizer de BRASÍLIO MACHADO, a noção de ato de comércio constitui um problema insolúvel para a doutrina, um martírio para o legislador, um enigma para a jurisprudência.

Se compete à lei, em última análise, a definição de *comerciante* ou de *ato de comércio*, e, por conseqüência, da

matéria de comércio, conclui-se, de modo irresistível, que o direito mercantil é antes uma categoria legislativa do que uma categoria lógica. Jamais se conseguiu, com efeito, mediante o emprego desses critérios, definir e extremar cientificamente o campo do direito mercantil.

18. Não sendo o Direito uma ciência puramente formal, faz-se preciso considerar, além dos conceitos e categorias lógicas, o conteúdo social e econômico do fenômeno jurídico-mercantil. Neste ponto, são de assinalar as substanciais transformações havidas na estrutura social e econômica do mundo em que vivemos.

As idéias individuais e racionalistas do século XVIII contribuíram, juntamente com fatos relevantes, tais como a Revolução Francesa, no plano político, e a revolução industrial, no plano econômico, para a destruição das antigas estruturas.

Inicia-se, no século XIX, o processo de massificação da sociedade, em virtude da formação das grandes aglomerações urbanas, propiciando a criação de massas consumidoras. Para atender ao consumo de massas, a economia se organiza para produzir em larga escala, visando à redução do custo unitário do produto. A própria natureza das operações comerciais exige a realização de negócios em série, compelindo à adoção de técnicas especiais e, em consequência, à elaboração de novas regras e institutos, que se afastam bastante dos paradigmas do direito comum.

A ampliação dos mercados acentua a feição cosmopolita do direito mercantil. A corrente internacional do comércio penetra em toda a parte, determinando, pela repetição de operações semelhantes, a adaptação do direito interno às regras de caráter universal.

O progresso tecnológico, facilitando os meios de transporte e de comunicação; a realização de operações à distância, pelo telégrafo ou pelo rádio; a vulgarização do crédito ao consumidor, mediante as vendas a prestação, são outros tantos fatores que provocam modificações nas

técnicas de realização do comércio e, por consequência, nas normas jurídico-mercantis.

19. Ora, uma das características marcantes do direito mercantil é a sua feição instrumental, em relação às necessidades da vida econômica. Assim, a rapidez com que se processam a produção e a circulação de bens econômicos impõe a existência de organização técnico-jurídica adequada, apta a atender às exigências da economia de massa.

Isto não é possível, mediante a construção dogmática do direito mercantil como a regulamentação profissional de uma classe ou de atos negociais considerados isoladamente “in abstracto”.

20. Completando a análise do fenômeno jurídico, é de mister considerar o conteúdo axiológico do direito mercantil.

A industrialização da sociedade, sob a égide do capitalismo financeiro, ensejou a mudança da hierarquia de valores, atribuindo a primazia ao elemento econômico. Observa REALE: “Não é segredo para ninguém que a nossa é uma época assombrosamente utilitária, e que vivemos, mais do que em qualquer outra, em um ambiente no qual o valor econômico polariza todos os demais”. (*obra citada*, vol. I, n. 97).

Pode-se dizer que, em nossa época, o poder do Estado e o poder do dinheiro substituíram todos os outros valores.

21. Estudando os aspectos jurídicos do capitalismo moderno, mostrou RIPERT que, na sociedade atual, dominada pelo espírito do lucro, as coisas não mais são estimadas em razão do gozo que proporcionam, mas pelo seu valor de troca. Tudo se valia em dinheiro, que é o estalão universal de todas as coisas.

Por sua vez, o socialismo moderno focaliza preferentemente o aspecto utilitário, enfeixando toda a atividade econômica nas mãos de um capitalista único e todo-pode-

roso — o Estado, ao qual se subordinam todos os outros valores da existência.

Diante dessa complexa realidade fenomenológica, como conciliar os conceitos formais com os fatos sócio-econômicos revelados pela experiência histórica, visando à realização dos valores fundamentais do justo, no âmbito do direito mercantil?

Uma novo conceito do direito mercantil.

22. Afirma-se, em nossos dias, a tendência de implantar o direito comercial em bases científicas e verdadeiramente objetivas, analisando o exercício do comércio dentro do quadro econômico que lhe é peculiar.

Em consequência, a tônica da comercialidade se desloca do “ato”, considerado isoladamente, de maneira estática, para a “atividade”, ou seja, para a seqüência de atos preordenados pelo agente para a consecução de uma finalidade. A *atividade* pressupõe logicamente um *sujeito*, a quem incumbe coordenar os atos isolados, dirigindo-os no sentido do fim colimado.

Desta forma, os dois conceitos de *pessoa-comerciante e ato de comércio* fundem-se numa síntese superadora, que é dada pela noção de *atividade econômica*.

Em se tratando de *atividade econômica*, a finalidade visada é a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços, e se exerce no quadro da organização específica: a *empresa*.

23. Esta concepção se dessume logicamente das premissas postas, está lastreada na realidade da vida econômica, serve à realização dos valores do justo, e para ela tendem as várias legislações. De acordo com esta doutrina, a construção dogmática do direito mercantil é feita em torno da noção de *empresa*.

O conteúdo próprio do direito mercantil não é definido, portanto, pelos atos de comércio isolados, mas pela ativi-

dade econômica organizada sob a forma de *empresa* e exercida pelo *empresário* (atividade empresarial). Coube a KARL WIELAND, na Suíça, e a LORENZO MOSSA, na Itália, o mérito de haver proposto este novo conceito do direito mercantil.

Não obstante encontrar-se sobrepujada pela noção de atividade empresarial, a teoria dos atos de comércio ainda prevalece em nossa legislação, embasada como está no velho Código de 1850. Mas, felizmente, o *Anteprojeto do Código Civil*, ora em elaboração, esteia o livro II, que cuida da atividade negocial, no conceito de empresa, promovendo destarte a imprescindível atualização do nosso direito positivo nesse importante setor.

24. Há muito que debatem os doutores sobre a questão da autonomia do direito mercantil, dentro do campo do direito privado. Mas, realmente, o único problema que se coloca no plano científico é o da autonomia substancial, pois a autonomia formal constitui apenas uma questão de conveniência ou oportunidade, no plano da política legislativa.

No entanto, entre as várias razões apresentadas para justificar essa autonomia, afigura-se decisiva a de que a atividade econômica organizada sob a forma de empresa exige uma disciplina jurídica especial, que não pode ser a mesma reguladora das outras atividades do cidadão comum. É claro que essa especialização corresponde à própria essência do fenômeno econômico; de nenhum modo significa que o direito mercantil seja considerado como um conjunto de normas excepcionais, de aplicação restrita a uma determinada classe de pessoas ou a certa categoria de atos.

A existência do direito mercantil como ramo jurídico autônomo justifica-se em função da especialidade técnica do fenômeno econômico por ele regulado, aplicando-se suas normas indistintamente a todos os agentes que intervêm na produção e circulação de bens econômicos destinados ao mercado, inclusive o próprio Estado, através das empresas públicas. Os resultados *revelados* ou *criados* pelas opera-

ções praticadas em série pelas empresas, caracterizando uma “atividade”, também se aplicam extensivamente às relações da mesma natureza, quando consideradas isoladamente — os chamados “atos de comércio”.

25. O particularismo do direito mercantil revela-se também pela existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica. Enumerem-se, sucintamente, a criação do mecanismo do *endosso* para favorecer a circulação dos títulos de crédito; a proteção à *aparência*, para resguardo da boa-fé dos que participem de operações mercantis; a *padronização* dos negócios de massa, objeto de oferta ao público; a elaboração de *leis uniformes* para regular as operações do comércio internacional; a *repartição* dos riscos e das responsabilidades inerentes à atividade empresarial através do mecanismo do seguro; a organização do sistema falimentar, visando à defesa do crédito.

Confirma, outrossim, a indispensabilidade de um regramento jurídico especial, a distinção básica entre uma *propriedade estática*, que recai sobre os bens de gozo ou de consumo, e uma *propriedade dinâmica ou empresarial*, que corresponde ao poder de controle sobre os instrumentos de produção aplicados à atividade mercantil. Essa distinção é apoiada pela moderna doutrina: na Alemanha, por BALLERSTEDT; na França, por JOSSEBAND; na Itália, por PUGLIATTI e ROSARIO NICOLÒ; entre nós, por ORLANDO GOMES.

Isso tudo mostra que a atividade mercantil se reveste de contornos próprios e de um sentido institucional específico, que a distingue da atividade civil comum.

Direito mercantil e capitalismo.

26. A concepção da empresa, resultante da prévia colocação de dados fornecidos pela ciência econômica, ainda não foi fixada de maneira inequívoca pelos juristas. Mas a própria plasticidade de um conceito ainda em fase de

elaboração dogmática permite atribuir-lhe um sentido axiológico, que transcende os limites do direito mercantil.

A sociedade política, já ARISTÓTELES afirmava, é uma sociedade complexa, constituída por sociedades menores. Numerosos e variados grupos sociais se interpõem entre os indivíduos e o Estado: as famílias e os grupos de base territorial, profissional ou ideológica. Os indivíduos se integram na sociedade política através de múltiplos corpos intermediários, e isto também acontece no campo econômico.

27. O organismo especificamente incumbido do exercício da atividade econômica é a empresa, num sentido amplo, ou melhor, são as empresas. Isto porque a empresa se reveste de formas múltiplas que, originadas na experiência histórica, hoje coexistem.

Nesse sentido largo, empresas são organizações de pessoas e de coisas destinadas à satisfação das necessidades humanas de bens e serviços, abrangendo não somente as empresas comerciais, individuais ou coletivas, do setor capitalista (sentido estrito), como também as explorações dos setores não capitalistas (empresas cooperativas, empresas públicas).

Seja qual for a destinação do proveito resultante da atividade econômica, todas as empresas apresentam em comum sua finalidade produtiva, mediante o emprego de normas organizacionais e operacionais adequadas.

28. Muitos autores caracterizam a empresa privada como tendo por finalidade específica o *lucro*, o que não se afigura correto. Esta conceituação está superada, porque o lucro é antes um resultado da atividade empresarial, e não uma finalidade em si. Decorre o lucro da diferença entre o *rendimento* auferido em determinado período e as *despesas* oriundas da aplicação dos fatores produtivos na realização do processo econômico da criação de bens ou prestação de serviços.

O lucro constitui índice da vitalidade e condição de eficiência e não uma característica inerente à empresa. O espírito de lucro pode ser o móvel psicológico do empresário, a finalidade própria da empresa.

Elucida o economista DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA: “Se considerassemos o lucro um atributo definidor da empresa, esta deixaria de existir, quando o resíduo fosse nulo ou negativo. No entanto, empresas de economia mista ou pública persistem durante longos períodos, apesar de sofrerem prejuízos, e outras se organizam com o objetivo de prestar serviços pelo custo. Outras ainda, em determinados períodos, estabelecem antecipadamente uma política de lucros nulos ou de prejuízo temporários” (*A Empresa Moderna e o Papel da Gerência*, in *Problemas Brasileiros*, n. 83, p. 38).

29. Evidentemente, a empresa objeto do direito mercantil vigente é a empresa capitalista, na qual o dono ou donos dos fatores materiais de produção assumem os riscos decorrentes do exercício da atividade. Foi provavelmente este fato que conduziu alguns escritores a uma identificação entre capitalismo e direito mercantil, como fez, por exemplo, TULLIO ASCARELLI.

Em seu livro derradeiro, inscreve o grande mestre espanhol JOAQUIN GARRIGUES esta magnífica lição: “Não podemos estar todos de acordo em considerar o direito mercantil pura e simplesmente como um produto do capitalismo. Esta tese supõe que antes do capitalismo não tenha existido nenhum direito mercantil e logicamente tem que chegar a concluir que, se o capitalismo desaparecesse, sucumbiria com ele o direito mercantil. Como vemos, esta tese pretende deter a imobilizar o conceito do direito mercantil numa fase de uma evolução histórica que começou muito antes do capitalismo e que sobreviverá, sem dúvida, ao capitalismo. Se um jurista do século xiv tivesse dito que o direito mercantil era o direito próprio do regime

gremial, teria tido razão para dizê-lo, sob a condição de limitar o alcance de sua afirmação à época histórica em que vivia. Mas teria cometido um grave erro se tivesse pretendido dar a esse conceito um valor absoluto e permanente; erro que teria sido facilmente descoberto pelos juristas do século xx, que contemplaram o ocaso do regime gremial, e, ao mesmo tempo, o nascimento de um novo direito mercantil baseado no regime da liberdade de comércio e de indústria. Todas as instituições do direito, tanto público como privado, sofreram no século xix a marca do capitalismo. Neste sentido há um direito civil, um direito público, um direito administrativo e um direito laboral do capitalismo. Mas deste fato não é lícito deduzir — confundindo o contingente e acidental com o permanente e substancial — que todos esses ramos do direito são fruto do capitalismo. O direito mercantil moderno é o direito da época do capitalismo. Mas sua razão de ser não está indissolúvelmente vinculada ao capitalismo. Se o estivesse, não poderíamos compreender como a instituição mais representativa do direito mercantil contemporâneo, a sociedade por ações, sobrevem nos países de regime comunista e como, ao contrário, nos países capitalistas vá perdendo os traços mais característicos deste regime” (*Hacia un nuevo derecho mercantil*, 1971, pp. 211-212).

30. É claro que, regulando especificamente a atividade econômica, o direito mercantil sofreu a influência do capitalismo em grau maior do que qualquer outro ramo do Direito. Mas o capitalismo, como vimos, já encontrou elaborado o direito profissional dos comerciantes; a própria sociedade anônima já surgira como instrumento da política econômica do Estado, no século xvii, antes da aparição do capitalismo, que apenas a colocou ao seu serviço. O capitalismo não criou as instituições do direito mercantil; somente mudou seu sentido em função da nova mística: a concepção fáustica do dinheiro como instrumento de do-

mínio, de poder e de força. Seria um erro de método definir um ramo do direito não pelo seu objeto peculiar, mas pelo espírito, pela cor ou pela tendência predominante em determinanda época (JOAQUIN GARRIGUES).

Para um novo Direito da Empresa.

31. O núcleo do direito mercantil moderno é a empresa comercial. Tal é a importância que assume a empresa no quadro econômico, projetando-se nos cenários social e político, que já se pergunta, com RIPERT, se não chegou a hora de conferir personalidade jurídica à empresa, tornando-a sujeito de direitos e obrigações, distinto da pessoa do dono do capital. A personalização da empresa constitui matéria de amplo debate doutrinário, principalmente no direito do trabalho, porém ainda não obteve consagração legislativa.

O desenvolvimento das sociedades comerciais e, mais particularmente, das sociedades anônimas, o espetáculo de sua permanência, em contraste com a transitoriedade dos seres humanos, levam a distinguir, na vida dos negócios, a empresa e o empresário.

A empresa nasce, geralmente, da imaginação e da energia de um homem empreendedor, com quem ela na origem se confunde e do qual conserva muitas vezes o nome e o estilo. Entretanto, os homens passam, os capitais se transferem de um para outro titular, a própria atividade se modifica, mas a empresa, adaptando-se embora às novas condições do meio, continua em pós de seu destino próprio. (PAUL DIDIER, *Droit Commercial*, 1970, p. 215).

32. A realidade econômica da empresa, no estágio atual do direito, não pode ser reduzida a um conceito unitário, devendo ser considerada sob vários aspectos diferentes.

A empresa não se confunde, porém, com a pessoa que a exerce — o *empresário* — que é dono do capital, a

quem compete suportar os ônus, responder pelos riscos e auferir os proventos da atividade. Noutra acepção, focaliza-se a empresa como uma organização produtiva que opera guiada pela atividade do empresário, com o auxílio de certos bens, cujo complexo forma a *azienda* (estabelecimento comercial).

33. Na sua atual formulação, o direito mercantil tomou a empresa tal como foi configurada pelo capitalismo, não penetrando em sua estrutura interna como organização de trabalho. O direito mercantil, assinala GARRIGUES, ainda permanece reduzido a um direito do empresário capitalista e da atividade externa da empresa, sem reconhecer-lhe a natureza de instituição econômica, organizada internamente como comunidade de trabalho.

Será obra do futuro a integração, no Direito da Empresa, da regulação não só da atividade externa, dos órgãos sociais e seu funcionamento, da formação da vontade corporativa, dos direitos e deveres dos sócios, mas também dos aspectos internos da organização do trabalho dos gestores, dos técnicos e dos trabalhadores que nela colaboram.

34. Na Europa, juristas e economistas de tomo proclamam a necessidade da reformulação da empresa capitalista, vasada nos moldes do individualismo econômico, para adaptá-la às novas condições sociais. Reflexos dessas idéias encontram-se em textos recentes, nas legislações alemã, francesa e espanhola.

Podem, de modo geral, ser assinaladas três ordens de fenômenos econômico-sociais que se traduzem em impulsos evolutivos no sentido de modificar a estrutura jurídica da empresa, organizada sob forma de sociedade anônima:

a) A progressiva separação entre a propriedade e a gestão da empresa, que se observa principalmente no quadro das grandes companhias.

b) A gradativa afirmação de um direito de co-gestão atribuído aos colaboradores da empresa, de modo a limitar a liberdade dos proprietários dos meios de produção (v. FRANÇOIS BLOCH — L'AINÉ, *Pour une réforme de l'entreprise*, 1963).

c) A elaboração do conceito da função social da *propriedade empresarial*, acarretando não só restrições, mas também deveres positivos para com a coletividade por parte de seus proprietários.

Estas atitudes se traduzem, em síntese, na atribuição aos empresários de maior consciência de sua responsabilidade social, perante seus colaboradores e a coletividade à qual destinam seus produtos.

35. São estes os novos fatos da realidade social que, superando os conceitos tradicionais, determinam a crise do direito mercantil contemporâneo e a conseqüente necessidade de sua reformulação.

Creemos que a noção de empresa econômica, incluindo suas futuras projeções, revela-se plenamente apta a constituir o centro da elaboração dogmática do moderno direito mercantil, conferindo-lhe alto significado axiológico e realçando a dignidade ética e científica do novo Direito da Empresa.