

# Economic Analysis of Law Review

## O Sistema De Fontes E De Princípios No Projeto Do Novo Código Brasileiro: prognósticos, paradoxos e possibilidades

*The System of Sources and Principles in the Brazilian New Commercial Code Draft: prognosis, paradoxes and possibilities.*

Hadassah Laís de Sousa Santana<sup>1</sup>  
Universidade Católica de Brasília-UCB

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy<sup>2</sup>  
Centro Universitário de Brasília-UNICEUB

João Rezende Almeida Oliveira<sup>3</sup>  
Universidade Católica de Brasília-UCB

---

### RESUMO

O ensaio explora duas características do projeto do Novo Código Comercial Brasileiro, que ainda não foi votado e aprovado. Tem-se uma pesquisa relativa a seu sistema de fontes, baseados na lei, nos costumes e nos princípios. Esse último é o núcleo do modelo e sua inovação substancial, dado que o projeto virtualmente traduz princípios jurídicos em normas escritas. No que se refere às expectativas para com o Código, o ensaio ao final argumenta que a opção normativa tomada, fixando princípios como lei, é de alguma forma imprevisível. O ensaio também enfaticamente observa que um novo Código Comercial afetará um processo em andamento, de unificação do Direito Privado.

**Palavras-chave:** Projeto do Novo Código Comercial Brasileiro. Fontes do Direito Comercial. Unificação do Direito Privado. Princípios fixados como lei.

**JEL:** K21, L49

### ABSTRACT

The paper explores two main features in the New Brazilian Commercial Code, not yet voted and approved. It searches its system of sources, based on statutes, praxis and principles. This last is the core of substantial innovation, for the draft virtually translate law principles into statutes. As for the expectative of the Code, the paper finally argues that this normative option, putting principles into law- is somewhat unpredictable. In addition, the paper emphatically remarks that a new Commercial Code will affect the ongoing process of the unification of Private Law.

**Keywords:** The Brazilian new Commercial Code. Its draft. Sources of commercial law. Unification of private law. Principles turned into statutes.

**R:** 05/11/16 **A:** 28/03/17 **P:** 19/10/17

---

<sup>1</sup> E-mail: hadlais@gmail.com

<sup>2</sup> E-mail: asmgodoy@gmail.com

<sup>3</sup> E-mail: jrezendeao@uol.com.br

## 1. Introdução

**T**ramita no Congresso Nacional, desde 2011, projeto de lei que institui um Novo Código Comercial<sup>4</sup>. A iniciativa tem como pano de fundo um forte dissenso, no que se refere, entre outros, à unificação do direito privado, no contexto da história das ideias dos comercialistas brasileiros<sup>5</sup>. Essa movimentação, relativa à formulação de documento normativo único que reúna regras de Direito Civil e de Direito Comercial, entre nós, remonta a Augusto Teixeira de Freitas, jurista brasileiro do século XIX que pretendeu agrupar em livro único do Código Civil as obrigações civis e comerciais<sup>6</sup>. Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit. Etiam eget ligula eu lectus lobortis condimentum. Aliquam nonummy auctor massa. Pellentesque habitant morbi tristique senectus et netus et malesuada fames ac turpis egestas. Nulla at risus. Quisque purus magna, auctor et, sagittis ac, posuere eu, lectus. Nam mattis, felis ut adipiscing.

O projeto de Teixeira de Freitas não prosperou<sup>7</sup>, ainda que tenha exercido grande influência na construção do Código Civil Argentino<sup>8</sup>. Na experiência normativa estrangeira também há notícias da defesa de uma ordem jurídica privada unificada, na Itália, por parte do comercialista Cesare Vivante, em aula inaugural proferida na Universidade de Bolonha, ainda em 1896; Vivante posteriormente se retratou, aderindo à doutrina separatista de Alfredo Rocco<sup>9</sup>.

Essa mesma perspectiva - - de unificação do direito privado - - norteou os anteprojetos do Código de Obrigações, de 1941 e de 1965, aquele primeiro de autoria de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahemann Guimarães, este último de Caio Mário da Silva Pereira<sup>10</sup>. Esses projetos também não foram aprovados. Alcançou-se algum nível de unificação, em 2002, com o Novo Código Civil, especialmente no Livro referente ao Direito de Empresa, que ao

---

<sup>4</sup> Projeto de Lei nº 1.572, de 2011.

<sup>5</sup> Nesse tema, o pensamento dos comercialistas brasileiros, por todos, FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>6</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de, *Consolidação das Leis Civis*, Edição fac-símile, Brasília: Senado Federal, 2003.

<sup>7</sup> MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas- O Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979, pp. 194 e ss.

<sup>8</sup> Cf. BECÚ, Ricardo Zorraquín, *Historia del Derecho Argentino*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1992, p. 381.

<sup>9</sup> NETO, Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2014, p. 5.

<sup>10</sup> Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

longo da discussão do Código era identificado como Atividade Negocial<sup>11</sup>. Revogou-se a primeira parte do Código Comercial de 1850<sup>12</sup>. O Código Comercial, assim, persiste, ainda que fragmentariamente.

No direito brasileiro antigo, que radicava nas Ordenações Filipinas, havia disposições de matéria comercial, tratada no Livro IV, que era o Livro que cuidava do Direito Civil. Dispunha-se sobre o contrato de sociedade e companhia<sup>13</sup> e sobre contratos usurários (que eram condenados e severamente punidos)<sup>14</sup>. O Código Filipino pouco inovava, mantendo sistema e fórmulas arcaicas, que persistiam desde as Ordenações Manuelinas<sup>15</sup>, substancializando um direito medieval<sup>16</sup>, tal como ainda vigente na Península Ibérica. Era um direito refratário à intensidade da vida comercial que se desdobrava em outros pontos da Europa, nos quais vicejara uma ordem jurídica pluralista<sup>17</sup>. Essa constatação faz parte do conjunto de chaves explicativas do mitigado avanço do capitalismo em Portugal e, por consequência, em suas colônias.

No Brasil, o Código Comercial antecedeu ao Código Civil, ao contrário do ocorrido na França, cujo projeto de Código do Comércio, de autoria de Philippe-Joseph Gorneau, escrutinado e melhorado por sugestões dos tribunais e câmaras do comércio, a par do Conselho de Estado, fora aprovado por Napoleão Bonaparte, em 1807<sup>18</sup>. Também na França o tema da unificação do direito privado é recorrente; o Código do Comércio foi entendido originalmente como um direito de exceção, em relação ao Código Civil, concebido como um direito comum<sup>19</sup>. Persiste no direito francês essa dicotomia entre as duas áreas do direito privado.

O Código Comercial Brasileiro teve como fontes próximas o Código Francês (1807), o Código Espanhol (1829) e o Código Português (1823)<sup>20</sup>. Sancionado pelo Imperador, foi promulgado em 25 de junho de 1850. Era composto de três partes, nomeadamente, *Do comércio*

<sup>11</sup> Cf. REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21.

<sup>12</sup> Código Civil de 2002, art. 2045.

<sup>13</sup> Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XLIV.

<sup>14</sup> Ordenações Filipinas, Livro IV, Título LXVII.

<sup>15</sup> Cf. COSTA, Mario Julio de Almeida, *História do Direito Português*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 291.

<sup>16</sup> As linhas gerais do direito medieval português, inclusive em relação ao tema do feudalismo, foram estudadas por CAETANO, Marcello, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa: Verbo, 1985, especialmente pp. 149-176.

<sup>17</sup> HESPAÑA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia- Síntese de um milênio*, Mira-Sintra: Publicações Europa-America, 2003, pp. 118 e ss.

<sup>18</sup> Cf. SCHIPPA, Antonio Padoa, *História do Direito da Europa- da Idade Média à Idade Contemporânea*, São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 331. Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite.

<sup>19</sup> Cf. CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d' introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 298.

<sup>20</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Volume I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 102.

*em geral (I), Do comércio marítimo (II), Das quebras (III)*; um título único completava a estrutura do texto, *Da administração da justiça nos negócios e causas comerciais*, que era subdividido em dois capítulos: *Dos tribunais e juízos comerciais* e *Da ordem do juízo nas causas comerciais*<sup>21</sup>. O processo comercial era disciplinado pelo Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, documento que também explicitou alguns pontos não tratados pelo Código<sup>22</sup>.

A matéria comercial e empresarial é presentemente dispersa em vários diplomas normativos. Há muito assunto tratado por legislação esparsa. O Direito de Empresa encontra-se disposto no Código Civil de 2002. O Direito Marítimo prossegue no que sobrou do Código Comercial de 1850. Revela-se circunstância temporal que provoca inconsistências tecnológicas e conceituais. Trata-se de documento normativo carente de modernização.

Exemplifica-se com regra vigente que dispõe que somente podem gozar das prerrogativas e favores concedidos a embarcações brasileiras as que verdadeiramente pertencerem a súditos do Império, sem que algum estrangeiro nelas possua parte ou interesse<sup>23</sup>. Exemplifica-se também com regra que determina que o capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora<sup>24</sup>.

De acordo com o Relator-Geral do projeto, tem-se modelo atualmente normativo comercial inconsistente, marcado por uma crise de identidade, vivida com mais intensidade desde a promulgação do Código Civil, e especialmente:

*(...) o fato de que persistem, no Código Comercial, as regras sobre Direito Marítimo, enquanto a maior parte do Direito Societário, Contratos e Obrigações Comerciais e parte geral de títulos de crédito estão no Código Civil e os títulos em espécie, o Direito Concursal e a disciplina das sociedades por ações estão em leis esparsas. Não há, assim, sistematicidade formal no Direito Comercial Brasileiro, sendo isso especialmente nocivo à interpretação de suas normas e reconhecimento dos princípios que lhe são próprios. A proposta de criação de um novo Código Comercial busca dotar o sistema jurídico brasileiro de um ordenamento específico e adequado ao Direito Comercial levando em consideração sua especialidade e ainda a importância de suas*

<sup>21</sup> Cf. FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Volume I, São Paulo: Saraiva, 1960, p. 117.

<sup>22</sup> REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Volume I, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17. Obra atualizada por Rubens Edmundo Requião.

<sup>23</sup> Código Comercial de 1850, art. 457.

<sup>24</sup> Código Comercial de 1850, art. 500.

*regras para o desenvolvimento econômico e social do país. Esse sistema busca, mesmo persistindo algumas leis esparsas, manter sistematicidade e unicidade no sistema jurídico comercial*<sup>25</sup>.

Registra-se movimento tendente à condensação das regras de direito comercial, pautado pela crença na codificação como esforço de centralização do sistema jurídico, ainda que se possa duvidar de um código “(...) nos moldes oitocentistas, um código total, um código napoleônico”<sup>26</sup>. Trabalha-se a partir de uma *elaboração normativa*, de autoria de comercialista de destaque<sup>27</sup>, que consiste “(...) na atividade material de preparação técnica do conteúdo de um projeto de diploma”<sup>28</sup>; o projeto alcança boa parte do direito comercial (ou empresarial), subtraindo matérias do Código Civil<sup>29</sup>, não alterando, no entanto, as sociedades anônimas (que continuariam regidas pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e os processos de falência e de recuperação judicial (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005). Os defensores do projeto invocam a necessidade de correção de erros do Código Civil, quando trata de matéria empresarial, a par de necessidade de fixação de normas para defesa do livre mercado<sup>30</sup>.

Chama a atenção o amplo conteúdo principiológico que o projeto elenca, bem como o conjunto indicativo das fontes que informam a matéria<sup>31</sup>. Por disposição do projeto, tem-se que o código tem por objetivo disciplinar, no âmbito do direito privado, “a organização e exploração da empresa e matérias conexas, incluindo o direito societário, o direito contratual empresarial, o direito cambiário, o direito do agronegócio, o direito comercial marítimo e o direito processual empresarial”<sup>32</sup>. Para cada um desses núcleos específicos há vasto rol de princípios que devem ser observados, a par de princípios comuns, nominados como princípios de direito comercial.

<sup>25</sup> LANDIM, Paes, *Relatório Geral relativo ao Projeto de Lei de Novo Código Comercial*, pág. 3, in [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1437525&file-name=PRL+1+PL157211+%3D%3E+PL+1572/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1437525&file-name=PRL+1+PL157211+%3D%3E+PL+1572/2011), acesso em 2 de novembro de 2016.

<sup>26</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, *Da Codificação- Crônica de um Conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 153.

<sup>27</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *O Futuro do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>28</sup> MORAIS, Carlos Blanco de, *Manual de Legística- Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Lisboa: Verbo, 2007, p. 290.

<sup>29</sup> Art. 796, VI, do Projeto.

<sup>30</sup> Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquematisado*, Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2016, p. 31.

<sup>31</sup> Ao longo do presente trabalho utiliza-se a última versão disponibilizada pela sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, de acordo com o texto substitutivo apresentado pelo Deputado Paes Landim, em complementação ao projeto originária apresentado pelo Deputado Vicente Cândido.

<sup>32</sup> Art. 1º do Projeto.

Trata-se de projeto de código marcado ostensivamente por disposições que se socorrem de identificação de princípios, fortemente influenciados por uma ideia de permanente juízo de proporcionalidade. Tem-se a impressão que o legislador estaria convencido de que este critério possa propiciar maior grau de racionalidade relativa, comparado com os demais critérios de que se dispõe na confecção de leis<sup>33</sup>. Consagra-se o juízo de ponderação como parâmetro para a construção de uma racionalidade legislativa<sup>34</sup>.

O objetivo do presente artigo consiste em elencar esses postulados, que ostentam condição normativa, bem como condensar o sistema de fontes que se pretende fixar, na premissa de que o objetivo último de um Código Comercial seria a garantia mínima de segurança jurídica, com vistas ao incremento da atividade econômica. É esse o núcleo de preocupações do presente trabalho.

## 2. O Tema das Fontes no Projeto do Novo Código Comercial

O tema das fontes do Código Comercial é tópico propedêutico nos estudos da disciplina, como se lê nos vários livros de doutrina, ainda que não se tenha consenso entre os autores<sup>35</sup>, no que se refere, especialmente, à individualização das várias fontes das quais decorrem os arranjos institucionais do Direito Comercial. As fontes do Direito em geral, além de naturalmente qualificadas pelas forças sociais detentoras de capacidade para criar normas jurídicas<sup>36</sup>, devem ser reconhecidas como elemento que determinam e garantem vigência do comando, porque dotadas efetivamente de validade objetiva<sup>37</sup>.

As leis comerciais são a fonte primária ou direta do Direito Comercial<sup>38</sup>; “*essas leis traduzem a mesma ideia de direito comercial em seu sentido objetivo*”<sup>39</sup>. A doutrina comercialista também nos remete aos usos e costumes mercantis, dotados de intensa força construtiva, como elemento que se agrega à lei, fonte primária do Direito Positivo<sup>40</sup>.

Indaga-se sobre a prestabilidade do Direito Civil como fonte do Direito Comercial, circunstância recusada por importante autor, para quem “*se o direito civil, como direito comum*

---

<sup>33</sup> Essa ideia é central no pensamento de PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 73.

<sup>34</sup> Esse tema é explorado por CÓRDOBA, Gema Marcilia, *Racionalidad Legislativa- Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 334.

<sup>35</sup> TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial- Teoria Geral e Direito Societário*, Volume 1. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

<sup>36</sup> Cf. ROYO, Javier Perez, *Las Fuentes del Derecho*, Madrid: Anaya, 2007, p. 15.

<sup>37</sup> Cf. REALE, Miguel, *Fontes e Modelos do Direito- Para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

<sup>38</sup> Cf. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, cit., p. 133.

<sup>39</sup> MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, cit., p. 134.

<sup>40</sup> Cf. FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, cit., pp. 401 e ss.

*que é, preexiste ao direito comercial, se o direito comercial se aplica às relações de natureza comercial afastando o direito civil, pois constitui um direito especial aplicável a tais relações, é fácil compreender que o direito civil não se apresenta como uma das fontes do direito comercial”*<sup>41</sup>. Negando o Direito Civil como fonte do Direito Comercial, prossegue o autor, “*o direito civil não é, pois, nem pode ser considerado como fonte do direito comercial, quando por este é invocado para suprir-lhe as lacunas ou omissões*”<sup>42</sup>. Esse problema também nos remete à autonomia do Direito Comercial, reconhecida até por conta de interpretação de disposição constitucional<sup>43</sup>.

Em linhas gerais, presentemente, as fontes primárias do Direito Comercial encontram-se na parte não revogada do Código Comercial, no Código Civil (o que, em princípio, contraria a tese de Rubens Requião acima indicada), nas leis extravagantes, bem como nas normas de Direito Comercial contidas em textos normativos de outras disciplinas jurídicas, além dos tratados e convenções internacionais devidamente internalizados<sup>44</sup>. As fontes secundárias decorrem dos usos, da aplicação de recursos analógicos e dos princípios gerais de direito<sup>45</sup>.

Com base em Carvalho de Mendonça um autor contemporâneo sintetizou os três requisitos para a admissão de um uso comercial como fonte consuetudinária: a prática entre comerciantes, a conformidade com a boa fé e com as máximas comerciais e a inexistência de conflito com as disposições da legislação comercial em vigor<sup>46</sup>; isto é, não se confere validade a costume *contra legem*.

De acordo com o Projeto do Novo Código Comercial Brasileiro são normas de Direito Comercial, os princípios e regras da Constituição Federal aplicáveis; as regras prescritas pelo próprio código, pela lei e pelos tratados e convenções internacionais; os princípios expressamente enunciados no código e nas leis comerciais em geral; as regras prescritas pelos decretos, instruções e regulamentos editados pelas autoridades competentes; as regras de autorregulação; e as normas consuetudinárias<sup>47</sup>. Essas últimos são, historicamente, as fontes que mais marcam a prática comercial.

---

<sup>41</sup> REQUIÃO, Rubens, cit., p. 26.

<sup>42</sup> REQUIÃO, Rubens, cit., loc. cit.

<sup>43</sup> Trata-se do art. 22, I, da Constituição. Conferir, nesse assunto, COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 43.

<sup>44</sup> Cf. FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

<sup>45</sup> Cf. FAZZIO JÚNIOR, Waldo, cit., pp.13 e ss.

<sup>46</sup> Cf. NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial & de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

<sup>47</sup> Art. 3º do Projeto.

Há vários princípios e regras constitucionais que se aplicam à atividade comercial, e que substancialmente expressam ordem econômica anunciada pelo texto em vigência<sup>48</sup>. Essa ordem qualifica as várias formas de atuação do Estado no processo econômico, definindo sua extensão e alcance. A Constituição também fixa parâmetros para construção e interpretação de regras gerais e especiais que tenham aplicabilidade na vida comercial. Reporta-se à dignidade da pessoa humana (como núcleo maior); aos valores sociais do trabalho; à livre iniciativa; à propriedade privada, e a seu contrapeso, isto é, sua função social; à defesa do consumidor e do meio ambiente e ao combate às desigualdades regionais, entre outros.

De forma sistemática, há no contexto da ordem econômica da Constituição de 1988 três pontos de partida, nomeadamente a valorização do trabalho humano, a livre-iniciativa, a existência digna e a justiça social<sup>49</sup>. Desses parâmetros seguem princípios explícitos, a exemplo da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre-concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio-ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e ainda do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte<sup>50</sup>. Por fim, uma ordem implícita também decorre dessa tipologia, consistindo na subsidiariedade, na liberdade e na igualdade econômicas, no desenvolvimento, na democracia e na boa-fé econômica<sup>51</sup>.

Tem-se autorreferência na medida em que o Código (isto é, ainda o texto do projeto) se refere a si mesmo, como fonte do ordenamento comercial. Há menção à lei, o que remete a todo o conteúdo normativo subsidiariamente aplicado, ou mesmo diretamente, a propósito de matéria não regulada no código, a exemplo do sistema de falência e de recuperação. Tratados e convenções são também identificados, evidentemente na medida em que internalizados. O Brasil mantém tratados e convenções internacionais sobre vários assuntos de direito comercial, a exemplo de tratativas sobre bancos internacionais, ciência e tecnologia, comércio internacional, direito cambial, direito do mar, propriedade industrial e intelectual, transporte aéreo, marítimo e terrestre, arbitragem e conciliação, cooperação industrial, investimento, entre outros assuntos.

Os princípios expressamente enunciados pelo código ou pela lei comercial são também enumerados no contexto das fontes, o que expressa tendência legislativa, a propósito do que

---

<sup>48</sup> Nesse tema, por todos, GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>49</sup> Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, *Lições de Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>50</sup> Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, cit.

<sup>51</sup> Cf. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, cit.



ocorrera também com o Código de Processo Civil vigente<sup>52</sup>. Esses princípios, como já observado, e como mais a frente explicitado, são de ordem comum, bem como são de extrato de situações específicas regidas pelo Código Comercial que se pretende aprovar.

O sistema das fontes também se reporta ao regramento infralegal, contido nos decretos, nas instruções e nos regulamentos editados pelas autoridades competentes. Trata-se do regramento de complementação e de organização procedimental, cujo alcance não pode transcender das disposições legais que regulamenta.

A autorregulação é modalidade também prestigiada pelo sistema de fontes do Projeto do Novo Código Comercial<sup>53</sup>. Há aqui aproximação entre setores públicos e privados, com alguma preponderância desses últimos, o que significa também alguma contenção legislativa estatal, cujos fatores e causas são diversos, a exemplo da mundialização da economia, da crescente especialização, expansão e autonomização dos mercados, a par da alta sensibilidade do tema a ser disciplinado<sup>54</sup>. E assim,

*“A autorregulação é uma das dimensões e um dos exemplos possíveis e mais próximos do fenômeno cunhado como pluralismo normativo. Conforme sua nomenclatura bem denota, autorregulação consiste na fixação de regras de conduta impostas pelos seus próprios – e futuros – destinatários, os quais, por meio da – usual- criação de uma entidade distinta a velar pelo Código de Conduta, comprometem-se a aquiescer e a se submeter às normas autoimpostas, sob a premissa de que, ao não o fazerem, ingressarão na esfera de incidência do rigor legislativo estatal incidente sobre comportamentos ilícitos”<sup>55</sup>.*

Padrão objetivo de autorregulação, em matéria comercial, pode ser indicado com a atuação do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária-CONAR. Exemplifica-se esse tema autorregulatório com a questão do direito à publicidade comercial, enquanto exercício de direito fundamental (ainda que de pessoa jurídica), e suas eventuais restrições com disputa recente entre a Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA e o CONAR. A ANVISA, por meio de resolução de 2010, baixou regulamento sobre a publicidade de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada, gordura trans, sódio e bebidas com baixo teor nutricional. O regulamento dispõe sobre objetivos, abrangência, definições, requisitos de alerta, formas de publicidade para crianças e cláusula de vigência.

<sup>52</sup> É o caso da regra do art. 166 do CPC que dispõe que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

<sup>53</sup> Assunto tratado extensivamente por TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo: Método, 2013.

<sup>54</sup> Cf. TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional da Empresa*, cit., p. 113.

<sup>55</sup> TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional da Empresa*, p. 113.

A ANVISA agiu com fundamento no art. 196 da Constituição, combinado com disposições do Decreto-Lei nº 986, 21 de outubro de 1969, bem como da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. A resolução foi precedida de ampla audiência pública, com participação da Organização Mundial da Saúde-OMS e fundamentada em amplo conjunto de informações estatísticas. O CONAR invocou que somente lei federal poderia restringir publicidade, forte no inciso XXIX do art. 22 da Constituição, pelo que seria competência privativa da União legislar sobre propaganda. Argumentou também que alimentos e refrigerantes não estão incluídos no rol taxativo das áreas possíveis de advertência por lei, que nomina apenas tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e terapias, no teor dos §§ 3º e 4º do art. 220 da Constituição. A atuação do CONAR nesse caso é exemplo de tipologia autorregulatória. Os efeitos da discussão, no contexto da concorrência empresarial, exemplifica, de modo eloquente, o significado da autorregulação na teoria das fontes do Direito Comercial.

O projeto segue tendência histórica indicando também regras consuetudinárias no sistema de fontes do Direito Comercial. Respeitado como fonte direta pelo direito culto europeu desde fins do século XII<sup>56</sup> o direito costumeiro (*jus consuetudinarium*) exerceu grande influência na construção de conjunto sólido de regras comerciais, inclusive no âmbito de direito comum aplicável aos comerciantes, a *lex mercatoria*. Os costumes se revelavam como núcleo desse mencionado direito comum, transnacional por excelência<sup>57</sup>, e centrais na construção do direito privado moderno<sup>58</sup>.

De modo enunciativo, “*usos e costumes empresariais [e no caso, comerciais] são ‘práticas continuadas’ de determinados atos pelos agentes econômicos, que são aceitas pelo empresários como regras positivadas e obrigatórias*”<sup>59</sup>. Há registros de expresso reconhecimento da força normativa dos costumes, por parte da jurisprudência<sup>60</sup>, como se confere, entre outros, em julgado do Superior Tribunal de Justiça, relativo ao chamado cheque pré-datado, prática decorrente de um costume, porém questionada, por se tratar de um costume *contra legem*<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Cf. BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte e GAUDEMET, Jean, *Introduction Historique au Droit- XIIIe-XXe siècles*, Paris: L.G.D.J., 2000, p. 69.

<sup>57</sup> Cf. CAENEGEN, R. C. van, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 13.

<sup>58</sup> Nesse tema, WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.. Tradução de Antonio Manuel Hespanha. Conferir também MOLITOR, Erich e SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1980. Tradução de Ángel Martínez Sarrión.

<sup>59</sup> TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado, Doutrina, Jurisprudência e Prática*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41.

<sup>60</sup> Cf. TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado, Doutrina, Jurisprudência e Prática*, cit., loc. cit.

<sup>61</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 875161 / SC- Relato pelo Ministro Luiz Felipe Salomão. Julgamento em 9 de agosto de 2011. Ementa. DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. CHEQUE. ORDEM DE PAGAMENTO À VISTA. CARACTERE ESSENCIAL DO TÍTULO. DATA DE EMISSÃO DIVERSA DA PACTUALR, V. 8, nº 1, p. 291-310, Jan-Jun, 2017

Por fim, há dispositivo dando conta de que nenhum princípio, expresso ou implícito, poderá ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição do código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra<sup>62</sup>. Transita-se no campo da fundamentação axiológica dos princípios, no sentido de que se tem parâmetros de decisão<sup>63</sup>, os quais cedem em face de disposição expressa de lei, a menos que se invoque a inconstitucionalidade dessa última.

### 3. Quadro geral do sistema de princípios no contexto do Projeto do Novo Código de Direito Comercial

O projeto de Código Comercial amplia a força transcendente dos princípios<sup>64</sup>, positivando-os. Trata-se de caso inovador no direito brasileiro, no qual um determinado sistema jurídico condensa em forma de lei uma quantidade expressiva de princípios que historicamente informam a disciplina, segundo se constata na jurisprudência e na doutrina. Princípios de amplo uso nos julgados e nos livros de teoria foram elencados no Projeto do Novo Código Comercial. A positivação de princípios sugere a desnecessidade de critérios gradualistas e qualitativos<sup>65</sup> para a diferenciação entre princípios e regras, porque essas duas instâncias da realidade normativa se confundem no texto de lei.

Por um lado, princípios fixados em lei podem problematizar a percepção de uma norma que seja, ao mesmo tempo, forte o suficiente para constituir a base para decisões futuras - - o sistema de precedentes - -, mas que também seja suficientemente maleável para permitir um

---

ADA PARA APRESENTAÇÃO DA CÁRTULA. COSTUME CONTRA LEGEM. INADMISSÃO PELO DIREITO BRASILEIRO. CONSIDERA-SE A DATA DE EMISSÃO CONSTANTE NO CHEQUE. 1. O cheque é ordem de pagamento à vista e submete-se aos princípios cambiários da cartularidade, literalidade, abstração, autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, por isso que a sua pós-datação não amplia o prazo de apresentação da cártula, cujo marco inicial é, efetivamente, a data da emissão. 2. "A alteração do prazo de apresentação do cheque pós-datado implicaria na dilação do prazo prescricional do título, situação que deve ser repelida, visto que infringiria o artigo 192 do Código Civil. Assentir com a tese exposta no especial, seria anuir com a possibilidade da modificação casuística do lapso prescricional, em razão de cada pacto realizado pelas partes". (AgRg no Ag 1159272/DF, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 27/04/2010) 3. Não se pode admitir que a parte descumpra o artigo 32 da Lei 7.357/85 e, ainda assim, pretenda seja conferida interpretação antinômica ao disposto no artigo 59 do mesmo Diploma, para admitir a execução do título prescrito. A concessão de efeitos à pactuação extracartular representaria desnaturação do cheque naquilo que a referida espécie de título de crédito tem de essencial, ser ordem de pagamento à vista, além de violar os princípios da abstração e literalidade. 4. Recurso especial não provido.

<sup>62</sup> Art. 1º, parágrafo único do Projeto.

<sup>63</sup> O tema é explorado por ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

<sup>64</sup> Isto é, os princípios foram em algum momento considerados como "meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito". Conferir, ROTHENBURG, Walter Claudius, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 13.

<sup>65</sup> Essa diferenciação é explorada por OLIVERIA, Fábio de, *Por uma Teoria dos Princípios, o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 43 e ss.

maior leque possível de decisões em casos concretos - - o sistema dúctil, ou de maleabilidade<sup>66</sup>. Por outro lado, a positivação de princípios pode evitar discussões judiciais em torno de juízos de ponderação, dominando a discricionariedade judicial. É o que pode justificar a iniciativa, do ponto de vista da política de administração dos arranjos institucionais, no sentido de que se tenha controle e previsibilidade sobre as externalidades judiciais, o que fundamental para cálculo de riscos e para a avaliação de custos de aquiescência, isto é, custos relativos ao cumprimento das normas jurídicas, por parte das empresas.

O projeto lista três princípios de Direito Comercial de aplicabilidade a todos os campos da disciplina, ou a todas as suas divisões, na linguagem do texto<sup>67</sup>. Nomeadamente, o projeto indica os princípios da liberdade de iniciativa empresarial, da liberdade de concorrência<sup>68</sup> e da ética<sup>69</sup> e boa-fé<sup>70</sup>. Desses princípios o texto do projeto predica o reconhecimento da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos<sup>71</sup>. Imputa-se uma virtude conceitual ao sistema capitalista e à empresa privada, como agentes de transformação e de realização de necessidades gerais. Há inegável apologia à ordem capitalista vigente. Tem-se, nesse sentido, “*um processo de racionalização da economia*”<sup>72</sup> em favor do qual funcionam as normas jurídicas que organizam o sistema produtivo.

Reconhece-se também a importância do lucro<sup>73</sup>, obtido com a exploração regular de empresa, como o principal fator de motivação da iniciativa privada<sup>74</sup>. E ainda, há explícito reconhecimento da importância, “*para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao*

<sup>66</sup> Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 49-50. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

<sup>67</sup> Art. 1º, *caput*, do Projeto.

<sup>68</sup> A liberdade de concorrência é fundamental para o desenvolvimento das atividades negociais, especialmente levando-se em conta as recorrentes críticas que se faz à intervenção estatal, nesse domínio. Conferir, por todos, RAMOS, André Luiz Santa, *Os Fundamentos contra o Antitruste*, Rio de Janeiro: Forense, 2015. Segundo o autor, “*O Estado, ao criar barreiras à entrada de competidores – regulação, protecionismo, burocracia, tributação, patentes, etc. -, não apenas gera monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis, mas também os sustenta e permite que eles atuem em prejuízo dos consumidores*”.

<sup>69</sup> Relações entre ética, economia e direito são exploradas por SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 55 e ss.

<sup>70</sup> Art. 1º, incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>71</sup> Art. 1º, § 1º, inciso I, do Projeto.

<sup>72</sup> Cf. MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Lisboa: Editora Caminho, 1987, p. 79.

<sup>73</sup> Na expressão do mentor intelectual do projeto, quanto ao tema central da busca do lucro: “*Quando alguém com vocação para essa atividade [comércio] identifica a chance de lucrar, atendendo à demanda de quantidade considerável de pessoas – que dizer, uma necessidade, utilidade ou simples desejo de vários homens e mulheres-, na tentativa de aproveitar tal oportunidade, ele deve estruturar uma organização que produza a mercadoria ou serviço correspondente, ou que os traga aos consumidores*”. COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial*, cit., pp. 3-4.

<sup>74</sup> Art. 1º, § 1º, inciso II, do Projeto.

*investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país*<sup>75</sup>. A seção se encerra com a determinação para que o empresário, como resultado do princípio da ética e da boa-fé, busque a “*realização de seus interesses na exploração da atividade empresarial cumprindo rigorosamente a lei e adotando constante postura proba, leal, conciliatória e colaborativa*”<sup>76</sup>. O cumprimento rigoroso da lei é indicado como justificação de postura prospectiva, especialmente sobre o ponto de vista da ética empresarial.

Há também no projeto um conjunto de princípios gerais para aplicação específica às sociedades, nomeadamente, com referência à autonomia patrimonial<sup>77</sup>, à preservação da empresa economicamente viável, à proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica, bem como pela formação da vontade social por deliberação dos sócios<sup>78</sup>. Enfrenta-se e opõe-se à vulgarização da doutrina da desconsideração da pessoa jurídica<sup>79</sup>, historicamente utilizada de modo muito amplo<sup>80</sup>, a exemplo dos

<sup>75</sup> Art. 1º, § 1º, inciso III, do Projeto.

<sup>76</sup> Art. 1º, § 2º, do Projeto.

<sup>77</sup> A autonomia patrimonial tem sido desconsiderada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça especialmente no contexto do uso fraudulento da organização empresarial. Conferir REsp 1493071 / SP, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento em 24 de maio de 2016, assim ementado: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CABIMENTO. UTILIZAÇÃO ABUSIVA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte admite a desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa a fim de possibilitar, de modo excepcional, a responsabilização patrimonial da pessoa jurídica por dívidas próprias de seus sócios ou administradores quando demonstrada a abusividade de sua utilização. 2. O reexame das circunstâncias fáticas e probatórias da causa é labor que não se coaduna com a via do recurso especial, a teor do que dispõe expressamente a Súmula nº 7/STJ. 3. Na hipótese, tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça estadual, soberanos no exame do acervo fático-probatório dos autos, concluíram pela utilização fraudulenta do instituto da autonomia patrimonial, caracterizando o abuso de direito, o que é suficiente para justificar a desconsideração inversa da personalidade jurídica. 4. Verificada a existência dos pressupostos que justificam a inversa desconsideração, revela-se desinfluyente para a adoção dessa excepcional medida o fato de a prática abusiva ter sido levada a efeito por um administrador, máxime quando este é um ex-sócio que permaneceu atuando, por procuração conferida por suas filhas (a quem anteriormente transferiu suas cotas sociais), na condição de verdadeiro controlador da sociedade. 5. Recurso especial não provido.

<sup>78</sup> Art. 5º, Incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>79</sup> Nesse assunto, por todos, SALAMA, Bruno Meyerhof, *O fim da responsabilidade limitada no Brasil. História, Direito e Economia*, São Paulo: Malheiros e Fundação Getúlio Vargas, 2014. *O Fim da responsabilidade limitada no Brasil*, de Bruno M. Salama, professor do curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo, é livro que explora os arranjos institucionais brasileiros, no contexto do direito empresarial, com forte preocupação nas relações entre história, direito e economia. O núcleo temático do livro é a responsabilidade limitada dos sócios, nos modelos societários que conhecemos em nossa história. O autor argumenta que o direito brasileiro desconstruiu a fórmula da responsabilidade limitada, originariamente fixada em um decreto de 1919.

<sup>80</sup> O assunto é problema recorrente no Superior Tribunal de Justiça. Conferir, entre outros, REsp 1.315.110-SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 de maio de 2013. DIREITO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE LIMITADA. Na hipótese em que tenha sido determinada a desconsideração da personalidade jurídica de sociedade limitada modesta na qual as únicas sócias sejam mãe e filha, cada uma com metade das quotas sociais, é possível responsabilizar pelas dívidas dessa sociedade a sócia que, de acordo com o contrato social, não exerça funções de gerência ou administração. É certo que, a despeito da inexistência

redirecionamentos das execuções, dispendo-se que, no contexto do princípio da autonomia patrimonial, “a sociedade é sujeito de direito diverso de seus sócios”, pelo que, consequentemente, os sócios apenas respondem por obrigações expressas atribuídas pelas demais disposições do texto aqui comentado<sup>81</sup>. Essa mudança, se o projeto for aprovado, com efeito, enfrentará resistências, especialmente nas execuções fiscais e nas execuções trabalhistas.

Aderiu-se à doutrina da responsabilidade subsidiária do sócio, na presunção de que o patrimônio social esteja prévia e completamente exaurido<sup>82</sup>. Dispõe-se sobre a necessidade da preservação da empresa economicamente viável, na hipótese de conflito entre os sócios ou sucessores, quanto à interpretação de contrato social ou acordo, a par da responsabilização de sócio administrador<sup>83</sup>. Positivou-se também vetor hermenêutico no sentido de que “a vontade da sociedade resulta da deliberação adotada pelos sócios, proporcionalmente à contribuição dada à sociedade, salvo nos casos de supressão ou limitação do direito de voto ou quando o estatuto ou contrato social dispuser de maneira diferente”<sup>84</sup>.

Quanto aos contratos empresariais o projeto fixou três princípios: autonomia da vontade, plena vinculação dos contratantes ao contrato e reconhecimento dos usos e costumes do comércio<sup>85</sup>. Aderiu-se à cláusula *rebus sic stantibus* quanto ao contrato empresarial, dispendo-se que a vinculação do contratado é plena<sup>86</sup>. Há algum ruído com disposição constitucional de livre acesso ao Judiciário, na medida em que se consignou a excepcionalidade das cláusulas do contrato empresarial<sup>87</sup>, ao que se acrescentou que “*mesmo nos contratos empresariais assimétricos, a mera vantagem excessiva de uma das partes relativamente à da outra não é causa de revisão judicial, invalidação do negócio jurídico ou desconstituição de obrigação*”<sup>88</sup>. Mais uma

---

tência de qualquer restrição no art. 50 do CC/2002, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica apenas deve incidir sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram para a prática do abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica. Todavia, no caso de sociedade limitada modesta na qual as únicas sócias sejam mãe e filha, cada uma com metade das quotas sociais, a titularidade de quotas e a administração da sociedade se confundem, situação em que as deliberações sociais, na maior parte das vezes, ocorrem no dia a dia, sob a forma de decisões gerenciais. Nesse contexto, torna-se difícil apurar a responsabilidade por eventuais atos abusivos ou fraudulentos. Em hipóteses como essa, a previsão no contrato social de que as atividades de administração serão realizadas apenas por um dos sócios não é suficiente para afastar a responsabilidade dos demais. Seria necessária, para tanto, a comprovação de que um dos sócios estivera completamente distanciado da administração da sociedade.

<sup>81</sup> Art. 5º, § 1º, do Projeto.

<sup>82</sup> Art. 5º, § 2º, do Projeto.

<sup>83</sup> Art. 5º, § 3º, do Projeto.

<sup>84</sup> Art. 5º, § 5º, do Projeto.

<sup>85</sup> Art. 6º, do Projeto.

<sup>86</sup> Art. 6º, § 2º, do Projeto.

<sup>87</sup> Art. 6º, § 3º, do Projeto.

<sup>88</sup> Art. 6º, § 4º, do Projeto.

vez reconheceu-se a importância dos costumes em matéria comercial dispondo-se que “*na omissão do instrumento contratual, presume-se que as partes acordaram em se submeter aos usos e costumes praticados no lugar de execução do contrato*”<sup>89</sup>.

Quanto aos princípios aplicáveis aos títulos de crédito prestigiou-se tradição de nosso direito, positivando-se os princípios da literalidade, da autonomia das obrigações cambiais e da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé<sup>90</sup>. Em seguida, mantendo-se a técnica legislativa dos artigos anteriores, cada um dos princípios é devidamente pormenorizado. O princípio da literalidade neutraliza efeitos de declarações não constantes de documento cartular ou eletrônico<sup>91</sup>. A autonomia das relações cambiais não permite a extensão de vícios contidos em obrigações documentadas<sup>92</sup>. No tema da inoponibilidade das exceções pessoais<sup>93</sup> aos terceiros de boa-fé, manteve-se tradição conceitual, fixando-se que “*o devedor de título de crédito não pode opor ao credor exceções que teria contra outro obrigado do mesmo título, salvo provando conluio entre eles*”<sup>94</sup>.

Há, porém, inovação, no sentido de fixação de princípios aplicáveis ao agronegócio, a saber: a função econômica da cadeia produtiva agroindustrial, a sustentabilidade das respectivas atividades e a disposição de intervenção mínima nas relações desse ambiente negocial<sup>95</sup>. Há disposição dando conta de que a solução judicial ou arbitral de conflitos de interesses surgidos no contexto do agronegócio, deve observar e proteger a finalidade econômica desta cadeia de negócios<sup>96</sup>.

Quanto à sustentabilidade ambiental, definiu-se que o “*agronegócio deve ser desenvolvido de forma sustentável, mediante o uso adequado do solo, da água e dos recursos animais e vegetais, com processos tecnicamente apropriados e economicamente equilibrados, visando*

---

<sup>89</sup> Art. 6º, § 5º, do Projeto.

<sup>90</sup> Art. 7º, Incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>91</sup> Art. 7º, § 1º, do Projeto.

<sup>92</sup> Art. 7º, § 2º, do Projeto.

<sup>93</sup> Exceções pessoais são efetivamente inoponíveis em matéria cambial, e essa premissa é histórica na construção da pragmática do direito comercial brasileiro. Há interessante julgado do STJ, no qual não se amparou a pretensão de utilização do instituto em modalidade de *factoring*, em operação de cessão civil de crédito, justamente por se tratar de obrigação de natureza civil. Conferir Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial 1556780-SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Belizze, julgado em 27 de setembro de 2016: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. FACTORING. DESCUMPRIMENTO DO NEGÓCIO SUBJACENTE. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. As regras do direito cambial não se aplicam à hipótese dos autos, devendo ser adotadas as regras do direito civil, pois em se tratando de empresa de *factoring*, na condição de endossatária, a transferência do título faz-se por cessão civil de crédito, possibilitando ao devedor originário a arguição de exceções pessoais. 2. Agravo interno desprovido.

<sup>94</sup> Art. 7º, § 3º, do Projeto.

<sup>95</sup> Art. 8º, Incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>96</sup> Art. 8º, § 1º, do Projeto.

*ao contínuo desenvolvimento da produção de alimentos, fibras, bioenergia e resíduos de valor econômico*<sup>97</sup>. Há também norma de conteúdo ambiental, relativa à correção de externalidades negativas<sup>98</sup>, no sentido de que “*a atividade sustentável no processamento pressupõe a recuperação, tratamento e eliminação de efluentes e resíduos sólidos*”<sup>99</sup>. Por fim, há disposição hermenêutica de amplo alcance, na qual se lê que “*na interpretação dos negócios jurídicos no âmbito do agronegócio serão considerados os fins comuns à atividade e, ainda, os usos e costumes praticados no mercado agroindustrial, conforme as melhores práticas do comércio nacional e internacional de bens e serviços agroindustriais*”<sup>100</sup>.

Quanto ao regime falimentar e recuperacional, que continuará regido por lei própria, consignou-se como princípios norteadores a inerência do risco a qualquer atividade empresarial, o impacto social da crise da empresa, a transparência nas medidas de prevenção e solução da crise e a cooperação judiciária internacional<sup>101</sup>. O realismo econômico parece marcar a redação desse excerto do texto aqui comentado. A aceitação da inerência do risco a qualquer atividade empresarial tem como resultado se aceitar que “*a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular*”<sup>102</sup>. Pretende-se um modelo que proteja empresários, credores, empregados a par “*(...) dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial e ao mercado*”<sup>103</sup>. O Direito Comercial, em sua construção conceitual contemporânea, migrou do modelo subjetivo de proteção ao comerciante em favor de interesses sociais que transcendem a qualquer forma de individualidade.

A globalização da economia e a multiplicação de instâncias julgadoras, que refletem o *fórum shopping* do mercado jurídico transnacional, suscitaram regras relativas ao tratamento para com juízos falimentares estrangeiros, determinando-se regime de absoluta cooperação, por parte da justiça brasileira, especialmente com o propósito de se buscar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos no Brasil, de se obter eficiência na tramitação dos processos de falência e de recuperação judicial transnacionais, de se alcançar a

---

<sup>97</sup> Art. 8º, § 2º, do Projeto.

<sup>98</sup> Temas ambientais, à luz da economia, e mediados pelo direito, são explorados por NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 317 e ss.

<sup>99</sup> Art. 8º, § 3º, do Projeto.

<sup>100</sup> Art. 8º, § 3º, do Projeto.

<sup>101</sup> Art. 9º, Incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>102</sup> Art. 9º, § 1º, do Projeto.

<sup>103</sup> Art. 9º, § 2º, do Projeto.



justa proteção dos direitos dos credores e do devedor, de se maximizar o valor dos bens do devedor e de se facilitar a recuperação da empresa em crise<sup>104</sup>. Prevendo-se antinomia da lei brasileira com tratados internacionais, prestigiou-se a esses últimos, fixando-se que as disposições constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte prevalecem, em caso de conflito, sobre as do Código, referentes à cooperação judiciária internacional<sup>105</sup>.

Quanto ao Direito Comercial Marítimo, e sua nova regulamentação, dada a consequente revogação do Código de 1850, consagraram-se três princípios, também tradicionais e de grande reconhecimento prático e doutrinário: o princípio do risco marítimo, o princípio da origem costumeira, e o princípio da informalidade<sup>106</sup>. Manteve-se a mesma técnica legislativa, explicitando-se o alcance de cada um dos princípios, mediante precisa definição de cada um deles. O risco marítimo decorre do reconhecimento dos riscos próprios da navegação aquaviária<sup>107</sup>. O princípio da origem costumeira reitera o prestígio histórico dessa importante fonte do direito comercial. Quanto à informalidade, prestigia-se a vontade, em detrimento da legalidade absoluta<sup>108</sup>.

No que se refere aos princípios aplicáveis ao processo empresarial, o projeto elegeu a autonomia procedimental das partes, a presunção de sua igualdade real, a intervenção mínima e a atenção às externalidades<sup>109</sup>. Dispôs-se que serão observados os princípios que informam o devido processo legal, a celeridade e a economia processual<sup>110</sup>. Garante-se que as partes poderão, quando autorizadas por lei, e mediante homologação do juiz, bem entendido, optar por não se sujeitar às normas processuais do novo Código Comercial, bem como convencionar regras processuais particulares para solução da controvérsia<sup>111</sup>. Milita a presunção de que “*as partes são profissionais e possuem condição econômica e técnica suficiente para exercer em juízo a defesa de seus direitos*”<sup>112</sup>. Pode-se indagar dos efeitos dessa regra em relação ao tema do benefício da assistência judiciária gratuita em favor de pessoa jurídica.

Por fim, reconhece-se o consequencialismo das decisões judiciais e o impacto que o Poder Judiciário possa ter sobre a atividade econômica, consignando-se que “*no processo empresarial, o juiz deve sempre levar em consideração as externalidades econômicas de suas*

---

<sup>104</sup> Art. 9º, § 5º, do Projeto.

<sup>105</sup> Art. 9º, § 6º, do Projeto.

<sup>106</sup> Art. 10, Incisos I, II e III, do Projeto.

<sup>107</sup> Art. 10, § 1º, do Projeto.

<sup>108</sup> Art. 10, § 4º, do Projeto.

<sup>109</sup> Art. 11, Incisos I, II, III e IV, do Projeto.

<sup>110</sup> Art. 11, § 1º, do Projeto.

<sup>111</sup> Art. 11, § 3º, do Projeto.

<sup>112</sup> Art. 11, § 4º, do Projeto.

*decisões, em especial as referentes ao impacto que o entendimento nelas adotado pode ocasionar, se for generalizado, nos preços dos produtos e serviços praticados no mercado brasileiro, atacadista e varejista, na viabilidade das empresas e solvência dos empresários*<sup>113</sup>. O projeto trabalha com o a consciência do impacto das decisões judiciais no sistema comercial, suscitando, assim, que o juiz avalie os impactos da decisão. No entanto, ao que consta, tem-se mera orientação; na prática, pode-se contar, no limite, com possibilidade de embargos de declaração, no sentido de que se provoque o prolator da decisão para que explicita se seguiu essa regra, que parâmetros utilizou e de que modo a decisão poderia afetar o mercado.

#### **4. Considerações Finais**

O Novo Código Comercial Brasileiro é provavelmente o texto normativo nacional (ainda que não vigente até o presente momento) que contém o maior número de princípios aplicáveis às relações jurídicas e negociais que regula. Todos eles, no entanto, vinculam-se a um princípio ainda superior e norteador de todo o modelo, e que consiste na percepção de função social da empresa<sup>114</sup>. O projeto dispõe que se presume que a empresa cumpre sua função social e que o empresário obedece, integralmente, e de boa fé, toda a legislação aplicável à sua atividade empresarial<sup>115</sup>.

A fixação de princípios em texto normativo, especialmente em campo sensível que impacta na realidade econômica é ousadia normativa que desafia qualquer prognóstico. Objetiva-se certamente algum controle da atividade judicial, presentemente refém de idiosincrasias e de agenda decisiva flexível. O projeto do Novo Código Comercial Brasileiro retoma a discussão da unificação do direito privado, acenando com a manutenção de duas fórmulas, civil e comercialista (empresarial). Uma vez aprovado, mitiga-se o papel parcialmente unificador do Código Civil de 2002.

O projeto reage ao fato de que a matéria comercial seja tratada de modo esparso, embora pretenda manter a lei das sociedades anônimas e a lei de falência e de recuperação de empresas. Busca-se texto único, que contenha o máximo de material normativo comercial, sugerindo-se um subsistema dotado de forte autonomia. A ampla normatização de princípios dilui sua força orientadora, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, fortalece seus postulados básicos. Com

---

<sup>113</sup> Art. 11, § 6º, do Projeto.

<sup>114</sup> Nesse tema, por todos, LOPES, Ana Frazão de Azevedo, *Empresa e Propriedade- Função Social e Abuso de Poder Econômico*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

<sup>115</sup> Art. 74, do Projeto.

o Novo Código Comercial Brasileiro a força transcendente dos princípios atinge o âmbito normativo; o princípio torna-se lei. A forma como essa proposta será recebida pela praça e pelo foro é o teste de validade do projeto, que se apresentou com o objetivo de impulsionar a atividade comercial.

## 5. Referências

- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de, *Da Codificação- Crônica de um Conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2011.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte e GAUDEMET, Jean, *Introduction Historique au Droit- XIIIe-XXe siècles*, Paris: L.G.D.J., 2000.
- BECÚ, Ricardo Zorraquín, *Historia del Derecho Argentino*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Perrot, 1992.
- CAENEGEN, R. C. van, *European Law in the Past and the Future*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- CAETANO, Marcello, *História do Direito Português (1140-1495)*, Lisboa: Verbo, 1985.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d' introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil*, Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *O Futuro do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- CÓRDOBA, Gema Marcilia, *Racionalidad Legislativa- Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*,
- COSTA, Mario Julio de Almeida, *História do Direito Português*, Coimbra: Almedina, 1996.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014.
- FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, Volume I, São Paulo: Saraiva, 1960.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, *Lições de Direito Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro*, São Paulo: Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2016.
- FREITAS, Augusto Teixeira de, *Consolidação das Leis Civis*, Edição fac-símile, Brasília: Senado Federal, 2003.
- GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2010.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia- Síntese de um milênio*, Mira-Sintra: Publicações Europa-America, 2003.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo, *Empresa e Propriedade- Função Social e Abuso de Poder Econômico*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas- O Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Volume I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- MOLITOR, Erich e SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1980. Tradução de Ángel Martínez Sarrión.

- MORAIS, Carlos Blanco de, *Manual de Legística- Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Lisboa: Verbo, 2007.
- MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Lisboa: Editora Caminho, 1987.
- NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial & de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- NETO, Alfredo de Assis Gonçalves, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Thomson Reuters e Revista dos Tribunais, 2014.
- NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico*, São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIVERIA, Fábio de, *Por uma Teoria dos Princípios, o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquemático*, Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2016.
- RAMOS, André Luiz Santa, *Os Fundamentos contra o Antitruste*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- REALE, Miguel, *Fontes e Modelos do Direito- Para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, São Paulo: Saraiva, 2008. Obra atualizada por Rubens Edmundo Requião.
- ROTHENBURG, Walter Claudius, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- ROYO, Javier Perez, *Las Fuentes del Derecho*, Madrid: Anaya, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof, *O fim da responsabilidade limitada no Brasil. História, Direito e Economia*, São Paulo: Malheiros e Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013.
- SCHIPPA, Antonio Padoa, *História do Direito da Europa- da Idade Média à Idade Contemporânea*, São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite.
- TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional da Empresa*, São Paulo: Método, 2013.
- TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado, Doutrina, Jurisprudência e Prática*, São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial- Teoria Geral e Direito Societário, Volume 1*. São Paulo: Atlas, 2011.
- WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d.. Tradução de Antonio Manuel Hespanha.