

Fundamentos do Direito Empresarial

Amostra

Amostra

Fundamentos do Direito Empresarial

Rodrigo Tellechea • João Pedro Scalzilli


ALMEDINA
BRASIL

Rio de Janeiro, 2025

Fundamentos do Direito Empresarial

Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Rodrigo Tellechea, João Pedro Scalzilli.

ISBN: 978-85-8493-830-8

Impresso no Brasil — 1ª Edição, 2025 — Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T271f

1.ed.- Tellechea, Rodrigo.

Fundamentos do Direito Empresarial / Rodrigo

Tellechea, João Pedro Scalzilli. - Rio de Janeiro:

Almedina Brasil: Grupo Alta Books, 2025.

320 p. ; 15,7 x 23 cm. - (Coleção

Manuais Universitários)

ISBN 978-85-8493-830-8

1. Direito empresarial. 2. Direito comercial -
História. 3. Dogmática jurídica. 4. Teoria da empresa.
5. Princípios constitucionais. I. Scalzilli, João
Pedro. II. Título. III. Série.

CDD 346.065

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito civil - Direito empresarial e comercial
346.065

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida. A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares, referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editores-Chefe: Manuella Santos de Castro

Vendas Governamentais: Cristiane Mutös

Produtores Editoriais: Andreza Moraes e Thiê Alves

Diagramação: Joyce Matos

Revisão: Denise Himpel



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré
CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)
Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419
www.altabooks.com.br — altabooks@altabooks.com.br
Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



Amostra

Para Dudu e Gabi.

Amostra

Agradecimentos

Se é verdade que o maior presente que se pode dar a alguém é o nosso *tempo*, porque, quando uma pessoa dá o seu tempo, ela dá uma porção de sua vida que nunca terá de volta, somos devedores do nosso amigo Luis Felipe.

SPINELLI leu atentamente e revisou boa parte do texto, sugeriu modificações, cedeu materiais escritos e notas de sala de aula. Não bastasse isso, em nenhum momento, deixou de nos incentivar a seguir em frente com o projeto.

Além do reconhecimento ao amigo de tantas empreitadas acadêmicas, precisamos render justa homenagem àqueles que contribuíram para a nossa formação acadêmica na área do direito comercial — pois, sem suas lições, o presente livro simplesmente não existiria. Assim, de uma maneira ampla, devemos agradecer aos professores do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (DCO).

Casa de WALDEMAR FERREIRA, OSCAR BARRETO FILHO, MAURO BRANDÃO LOPES, WALDIRIO BULGARELLI, MODESTO CARVALHOSA, L. G. PAES DE BARROS LEÃES, FÁBIO KONDER COMPARATO, entre tantos outros que forjaram a história do direito comercial brasileiro, o DCO foi responsável pela nossa formação direta e indiretamente.

Diretamente, porque estivemos associados ao referido departamento durante os anos do nosso curso de doutoramento. Indiretamente, porque desde a graduação, especialização e mestrado nossa formação na matéria se deu por intermédio de professores que beberam daquela fonte.

Ter pertencido ao departamento na qualidade de discentes consiste em uma das nossas maiores realizações. Interagir em nível acadêmico e pessoal com os hoje amigos do DCO é um privilégio e uma renovação constante de votos.

Mais do que para qualquer outro, temos débito impagável com ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA, orientador de todos nós no doutorado; e, acima de tudo, pai de alma e coração.

Agradecemos, também, aos nossos professores J. A. TAVARES GUERREIRO, FRANCISCO SATIRO, PAULO F. C. SALLES DE TOLEDO, EDUARDO MUNHOZ, RACHEL SZTAJN, JULIANA K. PELA, PAULA FORGIONI, HAROLDO VERÇOSA e MAURO PENTEADO pelas lições, oportunidades e, sobretudo, pelos ensinamentos e pelo convívio. Se hoje, depois de tantos anos, podemos chamá-los de amigos, a reverência acadêmica nos impele o uso do “Professor” — que, aliás, fazemos com muito gosto.

É preciso mencionar, ainda, MARCELO ADAMEK e SHEILA CEREZETTI, que, se não foram formalmente nossos professores, sempre o serão em substância.

Devemos, também, agradecimento aos nossos professores e colegas da UFRGS e da PUCRS, entre eles PETER WALTER ASHTON (*in memoriam*), CARLOS KLEIN ZANINI, VERA FRADERA, JUDITH MARTINS COSTA, RICARDO LUPION, ANDRÉ ESTEVEZ, LAÍS LUCAS e GABRIELA WALLAU, bem como a LUCIANO TIMM e CÁSSIO CAVALLI, cujas lições, parceria e amizade foram e são fundamentais.

Finalmente, mas não menos importante, agradecemos aos revisores que se dedicam, com afinco, aos trabalhos de leitura dos originais dos nossos livros e cujas observações e sugestões são fundamentais para reduzir os inevitáveis erros que se comete no esforço da escrita.

Há tempos temos o privilégio de contar com a parceria de jovens estudantes e profissionais cujo interesse genuinamente acadêmico e desprendimento nos comove. Dessa vez, agradecemos a Bernardo Conforto, Douglas Clezar, Fernanda Nardes, Lucas Pilão, Maria Eduarda Balen e Vitor Barcellos, bem como nossa revisora de todas as horas, Lara Pizzatto.

Os eventuais acertos desse livro são uma singela homenagem a todos vocês — mestres, professores, revisores e amigos. Os erros e inconsistências são de responsabilidade integralmente nossa.

Nota dos Autores

A partir das lentes e das coordenadas do tempo e do espaço, a realidade de hoje parece ser oposta ao passado. Enquanto o mundo contemporâneo é cada vez mais mutante no tempo e mais uniforme no espaço, o pretérito parece ser justamente o inverso: praticamente imóvel no tempo e muito cambiante no espaço.

O efeito disso é evidente no universo jurídico: no passado, o direito era a lei, distinta de um Estado para o outro, mas capaz de garantir certa estabilidade para cada sociedade local¹. Essa forma de lidar com os fenômenos econômico-sociais tende a desaparecer — ou, pelo menos, a não existir mais da mesma maneira que existia antes. Essa mudança passa pelo protagonismo assumido pela empresa como fenômeno econômico capaz de, em larga medida, transformar, explicar e definir a civilização contemporânea².

Não sem causar rupturas, os agentes econômicos, desde priscas eras, foram responsáveis pela difusão internacional de novas práticas, cada vez mais uniformes em nível global. Nesse contexto, há um elemento de aceleração que não pode ser ignorado: na realidade contemporânea, *os corpos e as ideias viajam cada vez mais rápido* — especialmente estas últimas, cuja difusão tende a ser quase instantânea³.

E, ao longo dos séculos, a dogmática jurídica, tradicionalmente rígida, engessada e conceitual, precisou se ajustar a essas transformações, com maior

¹ GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Trad. de Horacio Roitman y María de la Colina. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 14-15.

² COMPARATO, Fábio Konder. “A reforma da empresa”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 22, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983, p. 57; GALGANO. *La globalización en el espejo del derecho*..., p. 14-15.

³ GALGANO. *La globalización en el espejo del derecho*..., p. 14-15.

ou menor êxito a depender do sistema e da esfera jurídica em questão⁴ —, mas certamente com desafios relevantes na seara empresarial.

O ser humano tem uma afeição pelos esquemas formais já existentes e pelo conhecimento sistematizado, o que demonstra, além do seu conservadorismo, uma certa incapacidade de *lidar* — e, pior ainda, de *aprender* — com eventos inesperados e com a incerteza⁵.

Já o direito empresarial está longe de ser uma disciplina estável e imune à ação de forças internas e externas que testam sua elasticidade sistêmica: há uma tensão constante no que diz respeito à aderência das suas regras ao substrato econômico da realidade que lhe é subjacente. É um ramo jurídico reconhecidamente complexo e multifacetado, uma área de estudo com fortes raízes históricas, mas com substrato prático na realidade⁶, aberta ao desenvolvimento das novas técnicas e capaz de impulsionar o desenvolvimento da humanidade⁷.

Em função disso, seu estudo impõe uma postura aberta e uma espécie de desapego reducionista segundo o qual o correto e o belo identificam-se, necessariamente, com a simplicidade das formas.

Tal como em uma obra de arte cubista, o direito empresarial representa uma realidade profunda, inquietante e poliédrica. Sua beleza reside na contradição — às vezes real, às vezes aparente — entre história e desenvolvimento; entre segurança jurídica e flexibilidade; entre aceitação e controle do poder; entre progresso material e cuidado com as classes afetadas; entre preservação da empresa e retirada dos negócios inviáveis do mercado; entre saneamento da economia e liberação do falido; e assim por diante. Reside nessas dialéticas a força renovadora do direito empresarial, uma disciplina cuja compreensão demanda consciência da complexidade e da relevância dos elementos que foram essa matéria.

⁴ O direito civil, por exemplo, como ramo jurídico próprio, assume contornos bastante variados ao longo do seu desenvolvimento, alterando seu espectro de abordagem (inclusive ideológico — jusnaturalista, pandectista etc.), sua dogmática e o tecido da sua abrangência sistêmica com o passar dos séculos. Sobre o tema na perspectiva do direito italiano, ver: GROSSI, Paolo. *La cultura del civilista italiano*. Un profilo storico. Milano: Giuffrè, 2022.

⁵ ECO, Umberto. *Kant e o ornitorrinco*. Trad. Ana Thereza B. Vieira. Record: Rio de Janeiro, 1998, p. 211-212.

⁶ GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: UTET, 1913, p. 13.

⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Le nuove frontiere del diritto commerciale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 11. Para uma visão crítica dessa evolução a partir de uma perspectiva da perpetuação do poder econômico e da sua influência no desenho de regras jurídicas voltadas ao seu exclusivo interesse, ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

E é com base nesse discernimento que se pretende explorar as principais bases teóricas do sistema normativo em questão — sempre com viés dogmático, que, infelizmente, cada vez mais perde espaço nos bancos acadêmicos em substituição ora por um criticismo puro e, não raras vezes, superficial, ora por interpretações de caráter meramente consequencialista.

A rigor, o tema dos fundamentos, objeto do presente livro, consiste no ponto alto da dogmática jurídica e um dos pilares da sustentação teórica do direito empresarial. Partindo dessa premissa, o presente trabalho pretende analisar as origens e as bases do direito comercial, ramo do direito privado, cujo desenvolvimento está umbilicalmente conectado à história e à economia.

Durante o exame dos fundamentos do direito empresarial — enquanto pesquisávamos fontes clássicas e modernas, reuníamos material e discutíamos os principais temas do livro —, permitimo-nos um pequeno arroubo: colecionamos fatos, histórias, curiosidades, detalhes, personagens e outros elementos relacionados ao direito empresarial, pequenas preciosidades que, em nosso entender, dão um colorido especial à disciplina — e que, justamente por isso, decidimos compartilhar com o leitor.

Dessa forma, entre a sistematização teórica e a relíquia histórica, buscamos construir a linha de condução da presente obra. Na tentativa de melhor posicionar o leitor, estabelecemos uma analogia com os *gabinetes de curiosidades* ou *câmaras das maravilhas*, surgidos na Europa na época dos descobrimentos e das grandes expedições marítimas, ao longo dos séculos XVI e XVII, e que assumiram certa popularidade até o final do século XVIII.

Considerados os antecessores diretos dos modernos museus de arte e de história natural, os “gabinetes de curiosidades” eram locais em que coleções de achados diversos, objetos curiosos e raros — até mesmo itens estranhos coletados da natureza (v.g., insetos, flores, sementes, frutas raras) ou, ainda, artefatos científicos destinados à exploração do mundo, tais como lunetas, astrolábios e outros utensílios de laboratório — eram organizados, agrupados e exibidos pelos seus proprietários, geralmente reis, príncipes, nobres, burgueses abastados e artistas, mas também pessoas comuns de classes menos privilegiadas e culturalmente curiosas.

Fala-se, por exemplo, que os Médicis, em Florença, tinham um magnífico gabinete de curiosidades. O imperador Rodolfo, de Praga, o Tsar Pedro, o Grande, da Rússia, o arquiduque Francisco Ferdinando, da Áustria, o duque Alberto V, da Baviera, o rei Frederico III, da Dinamarca, o médico francês, Pierre Borel,

o físico dinamarquês Ole Worm e o zoólogo e farmacêutico alemão Alberto Seba, entre tantos outros, foram grandes colecionadores e entusiastas dos gabinetes, cujo elemento comum era justamente a tentativa de guardar para si, em lugar próprio e particular, uma pequena amostra do universo conhecido⁸.

O presente estudo é, em certa medida, uma espécie de gabinete de curiosidades do direito comercial. Informações e conhecimentos dispersos e diversos sobre arte, história, direito, literatura, economia e política foram agrupados e utilizados como verdadeiros instrumentos para tentar reconstruir os principais fundamentos dessa disciplina, tendo como base de partida, sustentação e linha condutora uma preocupação dogmática e, ao mesmo tempo, empírica.

Já se disse que o ofício do jurista pode ser comparado à montagem de quebra-cabeças (*puzzles*). Inicia-se com a tentativa de conectar peças e fragmentos dispersos do material normativo existente com fatos históricos e da realidade econômica subjacente até estabelecer o momento em que a imagem assume o contorno de um sistema jurídico coerente e orgânico, minimamente fundamentado em premissas teóricas bem definidas, coesas e coerentes entre si.

Escrever sobre os fundamentos do direito empresarial representou a tentativa de montar um enorme quebra-cabeças, um projeto que transita entre a seriedade da empreitada acadêmica e o deleite do desafio. Longe de pretender a entrega de um material acabado e incontestado, nosso desejo estava no trabalho em si, guiado pelo espírito de se enamorar pela jornada, pela libido de compreender mais a fundo a disciplina jurídica que nos arrebatou e nos acolheu desde os bancos acadêmicos.

⁸ Muitas das referências citadas estão no prefácio e na introdução ao livro de poesia de: SCHWARTSMANN, Gilberto. *Gabinete de curiosidades*. Porto Alegre: Sulina, 2021.

Sumário

Prefácio	xvii
Introdução	1
1. Desenvolvimento histórico	5
1. Pré-história do direito comercial	9
1.1. Comércio na Antiguidade	9
1.2. Inexistência de um direito comercial	12
1.3. Queda de Roma e o enfraquecimento do comércio	15
1.4. Idade Média e economia feudal	22
2. Nascimento do direito comercial	23
2.1. Renascimento comercial	23
2.2. Instituições ligadas ao comércio	26
2.3. Organização jurídica medieval	39
2.4. Lex mercatoria	43
3. Amadurecimento do direito comercial	51
3.1. Revolução Comercial	51
3.2. Capitalismo	53
3.3. Descobrimentos	54
3.4. Sociedades anônimas	56
4. Estatização do direito comercial	61
4.1. Surgimento dos Estados Nacionais	61
4.2. Ordenação e codificação do direito comercial	63
4.3. Novo enfoque do direito comercial	65
4.4. Revoluções Industriais	66

SUMÁRIO

5. Direito comercial do período liberal	68
5.1. <i>Revolução Francesa</i>	73
5.2. <i>Liberdade jurídica</i>	73
5.3. <i>Atos de comércio</i>	76
5.4. <i>Liberdade, direito societário e direito industrial</i>	80
6. Direito comercial contemporâneo	86
6.1. <i>Intervenção estatal e regulação da economia</i>	87
6.2. <i>Direito de empresa</i>	89
7. Direito comercial no Brasil	93
7.1. <i>Período colonial</i>	94
7.2. <i>Período pós-Independência</i>	96
7.3. <i>Código Comercial de 1850</i>	97
7.4. <i>Código Civil de 2002</i>	107
2. Unificação do direito privado	115
1. Origens	115
2. Autonomia do direito comercial	118
3. Expansão do direito comercial	120
4. Unificação na Itália	122
5. Unificação no Brasil	123
6. Direito empresarial como direito dos negócios	124
7. Simbiose equilibrada	126
8. Atualidade do debate	127
3. Dogmática	131
1. Conceito	132
2. Terminologia	133
3. Características	136
3.1. <i>Método indutivo</i>	137
3.2. <i>Historicidade</i>	140
3.3. <i>Cosmopolitismo</i>	142
3.4. <i>Economicidade</i>	149
3.5. <i>Prevalência do mercado</i>	158
4. Delimitação	162

5. Autonomia	168
5.1. Qual o interesse na discussão?	168
5.2. Critérios	169
5.3. Sistematização tardia	170
5.4. Por que o direito empresarial é autônomo?	171
5.5. Expansão não leva à heteronomia	173
5.6. Dimensões da autonomia	174
6. Fluidez dos contornos	178
7. Fontes	183
7.1. Classificação	185
7.2. Legislação	186
7.3. Usos e costumes	192
7.4. Princípios gerais de direito	197
7.5. Autonomia privada	199
4. Teoria da empresa	201
1. Conceitos essenciais	203
1.1. Empresa	206
1.2. Empresário	217
1.3. Estabelecimento	219
2. Elementos de empresa	221
2.1. Profissionalismo	222
2.2. Economicidade	224
2.3. Organização	225
2.4. Objeto industrial, comercial ou de serviços não intelectuais	227
3. Empreendedores não empresários	229
3.1. Profissionais liberais	229
3.2. Produtor rural	233
3.3. Associação futebolística	234
5. Direitos econômicos fundamentais	237
1. Regulação da atividade econômica	238
2. Constituição econômica	239
3. Ordem econômica brasileira	241
4. Princípios constitucionais ligados ao direito empresarial	243

SUMÁRIO

4.1. Princípio da livre iniciativa	244
4.2. Liberdade de associação	247
4.3. Livre concorrência	249
4.4. Propriedade privada	250
4.5. Função social da empresa	252
4.6. Favorecimento das empresas de pequeno porte	253
6. Desafios do direito empresarial no século XXI	255
1. Direito cambiário em xeque	256
2. Grupos societários	259
3. Pessoa jurídica (ainda) em crise	260
4. Interface com outras disciplinas jurídicas	261
5. Abertura do direito concursal	262
6. Direito concursal e empreendedorismo	263
7. Crise do pequeno empresário e endividamento	265
8. Prevenção da crise	266
9. Direito societário e direito concursal	268
Conclusões	273
Referências	279
Sobre os Autores	301
Rodrigo Tellechea	301
João Pedro Scalzilli	302

Prefácio

Aqui está um livro capaz de trazer à dogmática do direito empresarial uma muito bem elaborada perspectiva de sua evolução histórica e os debates principais que cercam sua evolução.

Não é exagero dizer que os autores vieram trazer as linhas mestras da cultura desse direito, como hoje ele se apresenta, mediante a reconstrução de sua riquíssima história (cuja beleza não hesitam em declarar, dizendo-a aliás “lindíssima”) ao lado da construção de sua dogmática.

Nessa posição, talvez até afetuosa pelo *ius mercatorum*, não certamente por suas virtudes morais, mas pela liberdade que quase sempre cercou sua progressiva formação, percebe o leitor o entusiasmo dos autores com esse segmento da ordem jurídica, sempre o primeiro a responder, com impressionante rapidez, às transformações da sociedade e da economia. E talvez seja também o primeiro a refletir, pela mesma razão, os embates entre conservadores e progressistas, de várias nuances e em diversos níveis e para distintas finalidades.

Seus autores, bem se sabe, carregam consigo sólida bagagem doutrinária e valiosíssima experiência nas práticas do direito empresarial, inclusive fora do Brasil, e inscrevem, em sua bibliografia, vitoriosos títulos consagrados em nossa literatura.

Puderam assim oferecer, nesta obra, a generosa suma dos fundamentos da disciplina, com farto recurso a fontes doutrinárias de primeira ordem, que demonstram como a exposição teórica serve à argumentação concreta sobre os problemas versados.

Só mesmo quem já versou todos os campos de um dado ramo de atividade, no gabinete como no pretório, e quem já se defrontou, na advocacia, com as exigências dos problemas que a vida traz, seria capaz de voltar à raiz da matéria, e, assim, a seus fundamentos, à sua ordem elementar.

É comum ver-se o contrário: publicar-se a introdução primeiro, no início da carreira, e as obras específicas depois, ao longo do tempo. Claramente, ganha o leitor quando lê, primeiro, a exposição dos fundamentos escrita pelo experiente profissional, já amplamente familiarizado pela amplitude e diversidade da matéria. O resultado, aí, é o texto vívido, moldado pela aplicação dos conceitos, resultante das respostas que a jurisprudência dá (ou nega) aos preceitos de base, e, enfim, à vida do direito.

A leitura desses *Fundamentos do Direito Empresarial* permite que se distingam, nas diversas seções, as razões e as origens das normas, o que, como parece útil relembrar, constitui ponto de partida necessário à missão do intérprete dos dispositivos e do sistema legal.

Esses fundamentos vêm ser, exatamente, reveladores dos sentidos das proposições legais, em suas inserções culturais mais profundas, sem o que a interpretação não pode jamais atingir seu propósito verdadeiro.

Na dinâmica do direito empresarial, com mais razão ainda, a interpretação reclama constante apelo a fundamentos dessa ordem, para fugir, inclusive, ao dogmatismo errático e inútil das soluções de superfície.

Em juízo, ou em instâncias arbitrais, bem como na atividade consultiva, esses elementos interpretativos são de evocação frequentíssima, para o que, estou seguro, em muito contribuem os *Fundamentos de Direito Empresarial*, ora publicados.

A este livro, portanto, aplica-se perfeitamente a declaração de estilo, que normalmente consta das apresentações editoriais: terá ele grande utilidade para os profissionais do direito, já experimentados, assim como para aqueles que apenas se iniciam, bem como assim aos estudantes e estudiosos em geral. No caso, é a comprovada verdade.

Tiveram os autores extremo cuidado com a metodologia, que propicia visão fácil e ampla sobre as questões vigentes, mas igualmente sobre suas raízes no ordenamento e na cultura jurídica ocidental, separando cada seção de modo a referenciar as fontes consultadas respectivamente em cada qual. A organização da obra demonstra, assim, intenção de dar à comunidade que atua no setor exposição do tema proposto que seja útil e autorizada, moderna e segura.

São Paulo, junho de 2024

Jose Alexandre Tavares Guerreiro

Advogado em São Paulo. Docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Introdução

Há em torno da palavra *empresa* um encanto especial, cuja profundidade e extensão produziram contornos de verdadeira magia¹: tal qual um romance de época, o trajeto investigativo do *fenômeno da empresa* é recheado de armadilhas, preciosismos literários e arroubos de paixão².

Cientes dessas dificuldades, a pretensão deste livro é servir de ensaio introdutório ao estudo do direito empresarial, material capaz de fornecer ao estudante o cabedal teórico necessário para essa jornada exploratória — algo que julgamos relevante tendo em vista a sua impotência jurídica, econômica e social.

Parte-se de algumas premissas que servem de arcabouço inicial para fixar as bases de uma disciplina jurídica que avoca para si a hercúlea tarefa de regular uma parte considerável do mundo dos negócios.

O fato de o trabalho aceitar certos pressupostos não significa que abdica de um espírito investigativo e questionador — tão necessário à pesquisa do direito, especialmente do direito comercial. Muito pelo contrário: alguns conceitos e dogmas tradicionalmente encontrados nos manuais, cursos e tratados de direito comercial serão, aqui, objeto de questionamento a fim de se verificar se continuam válidos e atuais dentro do sistema e da realidade vigentes.

Esse trajeto retoma alguns percursos já conhecidos. O estudo cuidadoso das premissas fundamentais do direito empresarial é imprescindível para a sua compreensão e seu domínio, o qual deve, sempre, estar aliado à prática da

¹ A expressão retoma a metáfora utilizada por ASCARELLI (*magia delle parole*) com relação ao significado da palavra *lucrativo* em estudo no qual analisa as diferenças entre uma sociedade e uma cooperativa à luz da legislação italiana (ASCARELLI, Tullio. “Cooperativa e società, concettualismo giuridico e magia dell’parole”. *Revista delle Società*, Anno II, p. 397-438, 1957, p. 422). Entre nós, a expressão foi usada por BULGARELLI, Waldirio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 20.

² BULGARELLI. *A teoria jurídica da empresa...*, p. 24.

mercancia³. Nesse contexto, vem naturalmente à mente a lição centenária — e invariavelmente atual — de CESARE VIVANTE, um dos maiores comercialistas de todos os tempos:

Aos estudantes e aos estudiosos — as duas palavras nem sempre são sinônimas —, que frequentemente me pedem conselhos e temas para as suas dissertações, eu só posso dar como guia o método por mim seguido.

Não se aventurem jamais a fazer uma obra jurídica se não conhecem a fundo a estrutura técnica e a função econômica do instituto que é objeto dos seus estudos.

Colham nas bolsas, nos bancos, nas agências, nas sociedades comerciais, nos cartórios judiciais, o material necessário para entender aquela estrutura e aquelas funções.

É uma deslealdade científica, uma falta de probidade falar de um instituto, para fixar a sua disciplina jurídica, sem conhecê-lo a fundo na sua realidade.

Se o direito tem por escopo regular os efeitos de um instituto, é evidente que o estudo prático da sua natureza deve preceder o do direito.

Feita essa pesquisa *in rei veritate*, deve-se seguir tanto quanto possível a linha histórica do instituto, distinguindo-o dos institutos afins, e fazer proveitoso aquele conhecimento prático e histórico, para então submeter à crítica as fontes jurídicas, como as leis, a jurisprudência, os costumes.

Só se começa a escrever quando já se tem formulado todo o argumento na própria mente, segundo as necessidades lógicas do seu conteúdo.

No escrever, tome-se como ponto de partida a última palavra à qual chegaram os estudiosos precedentes, na Itália e no exterior, porque a literatura jurídica, em matéria comercial, progride de forma sincronizada em todos os países pertencentes ao ciclo da nossa cultura⁴.

Ao definir a lição de VIVANTE como ponto de partida, considera-se que: o exame da história do direito empresarial (Capítulo 1); a investigação das

³ Segundo FERREIRA BORGES, “mercancia” significa “a arte do mercador, tracto de mercadejar, a sciencia e practica do commercio”. Cf. FERREIRA BORGES, José. *Diccionario jurídico-commercial*. 2 ed. José Pereira: Porto, 1856, p. 250-251.

⁴ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. I. 5 ed. Milano: Francesco Vallardi, 1922, p. IX-X.

implicações do chamado “movimento de unificação do direito privado” (Capítulo 2); a análise dos seus pilares estruturais do direito empresarial (Capítulo 3); a compreensão dos elementos caracterizadores da empresa (Capítulo 4); e a identificação dos princípios constitucionais da atividade econômica (Capítulo 5) compõe o caminho necessário a ser trilhado pelo estudioso neófito da matéria, inclusive como ferramental necessário para vislumbrar os desafios do direito empresarial contemporâneo (Capítulo 6). Tudo, é claro, sempre com atenção à prática mercantil, porque o direito comercial é, acima de tudo, práxis.

Somente com a bagagem adquirida nesse percurso será possível enfrentar temas mais complexos em matéria empresarial, como o direito das sociedades, os contratos empresariais, os títulos de crédito, a disciplina dos bens da propriedade industrial e o universo das empresas em crise.

Essa busca em torno da coluna vertebral do direito comercial formaliza um duplo convite ao leitor: em um primeiro e mais relevante plano, trata-se de uma incitação para que explore a matéria de base dessa fascinante disciplina jurídica; em um segundo plano está o desejo dos autores de terem a sua companhia no reexame crítico dos fundamentos do direito empresarial. Estes são os objetivos que perpassam as páginas do presente estudo e o convite que é feito ao leitor.

Amostra

CAPÍTULO 1

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

A História cuida da reconstrução do passado a partir da interpretação das provas, dos documentos, enfim, dos elementos à disposição do pesquisador¹. É verdade, porém, que entre história e fábula há uma confusão de versões fáticas, sendo difícil muitas vezes distinguir uma e outra².

Da mesma forma, no estudo do passado nem sempre é possível preencher as lacunas, interpretar, com precisão, relações de causa e consequência, bem como distinguir, com clareza, fato e opinião. Ainda assim, a tentativa de reconstrução do que passou, mesmo que imperfeitamente, é tarefa valorosa que deve ser empreendida pelo estudioso do direito comercial.

Situar historicamente o leitor sobre seu objeto de estudo — bem como fazê-lo descobrir, ou, ao menos, intuir a razão de ser de certos princípios, regras, regimes e institutos jurídicos que lhe são apresentados — consiste em empreitada que vale empreender³. Afinal, “não se pode conhecer o presente, sem se

¹ COLLINGWOOD, R. G. *A idéia de História*. Trad. de Alberto Freire. Lisboa: Editorial Presença, 1972, p. 17.

² VOLTAIRE. *A filosofia da história*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 3.

³ Em sentido semelhante: ESTEVEZ, André Fernandes. Das origens do direito falimentar à Lei n. 11.101/2005. *Revista Jurídica Empresarial*, n. 15, ago./jul. 2010, p. 12.

conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi⁴. E se o passado é um dado imutável, seu conhecimento afigura-se fundamental para se progredir no presente⁵.

Assim, em quase toda bem-acabada obra de direito comercial há um relevante esforço de investigação histórica, revelando uma preocupação do estudioso sobre os aspectos mais profundos da disciplina examinada⁶. O esforço é justificável.

Cientes da importância dessa abordagem, buscamos reconstruir a história do direito empresarial, optando, por conveniência didática, por organizá-la em seis períodos: (i) pré-história do direito comercial; (ii) nascimento do direito comercial; (iii) amadurecimento do direito comercial; (iv) estatização do direito comercial; (v) direito comercial do período liberal; e (vi) direito comercial contemporâneo. Além disso, reservou-se um item específico para o direito comercial no Brasil, a fim de permitir ao leitor uma breve análise da sua evolução no País⁷.

Apresenta-se, abaixo, uma breve síntese dos principais acontecimentos de cada um dos períodos, na expectativa de que esses tópicos possam auxiliar o leitor como uma espécie de introdução ao exame mais detalhado que se seguirá.

(i) Pré-história do direito comercial:

- Período anterior à formação do direito comercial como uma disciplina autônoma;

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, v. I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XV.

⁵ BLOCH, Marc. *The historian's craft*. Manchester: University Press, 1992, p. 48.

⁶ Nesse sentido, ver o recente estudo de fôlego de: PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

⁷ Tradicionalmente, a classificação proposta por TULLIO ASCARELLI — seguida por parte relevante da doutrina pátria — é a seguinte: (i) período subjetivo ou corporativo, marcado por uma visão classista, que inicia no século XII e vai até a metade do século XVI; (ii) período estatal ou mercantilista, que inicia na metade do século XVI e vai até fins do século XVIII; (iii) período objetivo, que marca o triunfo do liberalismo, e vai do final do século XVIII até a Primeira Guerra Mundial (1914); (iv) período atual, influenciado pela unificação do direito das obrigações, a comercialização do direito civil e a intervenção do Estado na economia (a referida classificação pode ser encontrada em muitos escritos de ASCARELLI, entre eles: ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 3-4). Essa sistematização está magistralmente descrita em: ASCARELLI, Tullio. “Evolução e papel do direito comercial”. *Revista dos Tribunais*, v. 85, n. 725, p. 731-745, mar./1996. Ver, também: CAVALLI, Cassio. *Direito comercial*. Presente, passado e futuro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 1-31. ESTRELLA, Hernani. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1973, p. 11-42.

- Estende-se da Antiguidade até a Baixa Idade Média (aproximadamente Século XI);
- Há normas esparsas sobre o comércio, que não chegam a formar um corpo normativo orgânico, coeso e separado do restante do direito vigente.

(ii) Nascimento do direito comercial:

- Período durante o qual o direito comercial se desenvolve como um corpo de normas distinto do direito comum (direito civil), favorecido pelo renascimento comercial e pelo surgimento de uma poderosa classe de mercadores, especialmente nas cidades italianas (Florença, Veneza, Gênova e Siena, entre outras);
- Estende-se dos Séculos XI ao XV, aproximadamente;
- O direito comercial é produzido pela própria classe mercantil — organizada em corporações de ofícios — e aplicado pelos tribunais do comércio.

(iii) Amadurecimento do direito comercial:

- O direito comercial e seus institutos se desenvolvem com o próprio amadurecimento da economia europeia, decorrente da Revolução Comercial (Grandes Navegações e o surgimento do capitalismo), que se seguiu ao renascimento comercial;
- Neste período, o acúmulo de capitais gerado a partir do renascimento comercial foi empregado em negócios comerciais de maior vulto. Foi preciso criar e aperfeiçoar instrumentos jurídicos para mobilizar capital e permitir investimentos, como o endosso cambial e a sociedade anônima.

(iv) Estatização do direito comercial:

- Com o nascimento dos estados nacionais europeus (Portugal, Espanha, França e Inglaterra), o direito comercial passa a ser um direito

produzido pelo Estado (que não chega a negar o direito mercantil pré-existente, apenas o positiva);

- Trata-se da era das codificações;
- As Revoluções Industriais (1750 e 1850) aumentam a importância da indústria, alargando o escopo do direito comercial.

(v) Direito comercial do período liberal:

- A Revolução Francesa (1789) traz consigo o liberalismo econômico, que é adotado nas constituições liberais e refletido nas codificações, especialmente no Código Comercial Napoleônico (1807);
- Os ideais revolucionários fazem-se sentir em todos os campos, inclusive na liberdade de constituição das companhias e na possibilidade de que as sociedades se tornassem sócias umas das outras.

(vi) Direito comercial contemporâneo:

- O excesso de liberdade econômica foi tido como uma das causas das grandes crises do final do Século XIX e início Século XX (entre elas o *crash* da Bolsa de Nova York de 1929);
- O Estado passa a intervir nas questões econômicas para, supostamente, reduzir as falhas de mercado e para induzir o desenvolvimento econômico e social;
- Surgem as chamadas “constituições econômicas”, definidoras do lugar e da função geral do Estado na economia. Em nível infraconstitucional, aparecem leis antitruste e de regulação do mercado de capitais;
- No âmbito do direito privado, destacam-se as discussões em torno da unificação do direito civil com o direito comercial e da teoria da empresa (esta última decorrente dos constantes alargamentos desta disciplina).

(vii) Direito comercial no Brasil:

- Durante o período colonial (1500 a 1822), vige, em terras brasileiras, o direito português, inclusive em matéria comercial;
- Após a Independência (1822), o Código Comercial de 1850 substituiu a legislação portuguesa. Adota-se a teoria dos *atos de comércio*;
- Após mais de 150 anos, o Código Civil de 2002 revoga quase todo o Código Comercial (vigendo, ainda, a Parte Segunda, que trata do Comércio Marítimo), unificando as obrigações e o direito societário em um único corpo legal;
- É adotada a teoria da empresa, e a parte geral do direito empresarial passa a ser regulada no bojo do Código Civil.

1. Pré-história do direito comercial

O direito comercial, como corpo de normas orgânico e distinto de outros ramos do direito, vai se formar apenas na Baixa Idade Média, a partir do Século XI⁸ (em um contexto de ausência de um Estado — pelo menos nos moldes modernos em que poder político e direito têm origem na mesma fonte⁹). Nada obstante, sabe-se que o homem sempre foi comerciante, sendo possível, portanto, encontrar normas esparsas sobre o comércio em praticamente todas as civilizações da Antiguidade.

1.1. Comércio na Antiguidade

O homem é um animal que realiza trocas¹⁰. A primeira atividade econômica relevante desenvolvida pelo homem foi o comércio, amplamente praticado pelos povos da Antiguidade¹¹, havendo referências disso inclusive em Heródo-

⁸ ASCARELLI, Tullio. "O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado" (trad. de Fábio Konder Comparado, in: *Saggi di Diritto Commerciale*). *Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico*, São Paulo, n. 114, p. 237-252, abr./jun. 1999, p. 238.

⁹ GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 48 ss; ASCARELLI, Tullio. "A ideia de código no direito privado e a tarefa da interpretação". In: _____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 54; CAVALLI. *Direito comercial*..., p. 7.

¹⁰ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 15.

¹¹ LEEMANS, W. F. *Old-babylonian merchant*. His business and social position. Leiden: Brill, 1950, p. 5.

to¹². Desde tempos imemoriais, o homem pratica o escambo¹³, que tem como pressuposto a ideia de propriedade privada¹⁴; e, segundo estudos mais recentes, também eram usuais as operações de compra e venda a crédito dentro das comunidades de cultura incipiente¹⁵.

A introdução da moeda — como meio de pagamento e forma de estabelecer a desejada equivalência entre as prestações — fez o comércio florescer rapidamente¹⁶. Os produtos e mercadorias negociados passaram a ser percebidos e avaliados tendo em vista as exigências de mercado¹⁷. Egípcios, babilônios, fenícios, cartagineses, todos, sem exceção, foram povos e civilizações comerciantes¹⁸.

Os romanos também praticaram amplamente a mercancia¹⁹, razão pela qual sabe-se, perfeitamente, que não se dedicaram exclusivamente à agricultura, à guerra, à política e ao ócio, atividades tradicionalmente associadas a eles²⁰. Embora a agricultura tenha sido a fortaleza econômica romana²¹ — além de sinal de dignidade e honradez²² — e os despojos de guerra, ao lado dos escravos, tenham constituído parte importante do tecido econômico de Roma²³, os

¹² HERÓDOTO. *Histórias*: Livro IV – Melpômene. Trad. Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

¹³ O delineamento das normas jurídicas embrionárias sobre o escambo aparece concomitantemente às formas violentas de apreensão de bens e banditismo, razão pela qual SOPRANO as denomina de formas “consensuais de troca silenciosa” (*consensuali del baratto silenzioso*). Cf. SOPRANO, Enrico. *Elementi di diritto commerciale*. 2 ed. Torino: Fratelli Bocca, 1931, p. 2. Em sentido semelhante: NAVARRINI, Umberto. *Trattato elementare di diritto commerciale*, v. I. Torino: Fratelli Bocca, 1911, p. 3.

¹⁴ ESTRELLA, Hernani. *Direito Comercial* (estudos). Rio de Janeiro: José Konfino, 1969, p. 8.

¹⁵ GRAEBER, David. *Debt: the first 5,000 years*. New York: Melville House, 2012, p. 22 ss, 40.

¹⁶ Sobre a origem e a ascensão do dinheiro, por todos, ver: FERGUSON, Niall. *The ascent of money: a financial history of the world*. 2nd ed. USA: Penguin Books, 2018.

¹⁷ ESTRELLA. *Direito Comercial* (estudos)..., p. 8-10.

¹⁸ GOLDSCHMIDT. *Storia universale del diritto commerciale*..., p. 42 ss; MONTANELLI, Giuseppe. *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*. Pisa: Pieraccini, 1847, p. 36; BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*, v. I. 20 ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1977, p. 70, 85.

¹⁹ MONTANELLI. *Introduzione filosofica allo studio del diritto commerciale positivo*..., p. 38; GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. 5 ed. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 25-27.

²⁰ BONFANTE, Pietro. *Lezioni di storia del commercio*, v. I. Roma: Attilio Sampaolesi, 1925..., p. 98; HUVELIN, Paul. *Études d'histoire du droit commercial romain* (histoire externe – droit maritime). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 1-75.

²¹ AYMARD, André; AUBOYER, Jeannine. *História geral das civilizações: o Oriente e a Grécia Antiga*, t. I, v. 1. 3 ed. Trad. Pedro Moacyr Campos. São Paulo: Difusão, 1960, p. 78-79. Sobre o tema, ver: WEBER, Max. *História agrária romana*. Trad. V.A. Gonzálvez. Madrid: Akal, 2004.

²² VAINBERG, Sigismond. *La faillite d'après le droit romain*. Paris: Nationale, 1874, p. 1 ss.

²³ Os escravos eram parte essencial da máquina econômica romana. Na sua maior parte povos conquistados, eles participavam da produção, do transporte e da venda de mercadorias, sendo que, muitas vezes, eles mesmos eram a mercadoria negociada. Sobre a temática, ver: DI PORTO, Andre. *Impresa collettiva e schiavo “manager” in Roma antiga*: II sec. a.C. – II sec. d.C. Milano: Giuffrè, 1984.

romanos também desenvolveram importante atividade comercial e industrial para a época²⁴ — apesar do forte preconceito social e público²⁵⁻²⁶.

Há registros bastante detalhados de que os romanos se organizaram em associações semelhantes às corporações de ofício²⁷, bem como exploraram atividade econômica por intermédio de engenhosas estruturas societárias²⁸ — que, inclusive, permitiram o tráfego nacional e internacional (compreendido o comércio de escravos), a associação entre banqueiros, a exploração de minas e de obras públicas de vulto, a coleta privada de tributos em favor de Roma, entre tantas outras atividades bastante sofisticadas.

Tudo isso, no entanto, não significava a existência de um “direito comercial”²⁹.

²⁴ SOUZA, H. M. Inglez de. *Prelecções de direito comercial*. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1906, p. 26.

²⁵ VAINBERG. *La faillite d'après le droit romain...*, p. 2.

²⁶ Segundo LOPEZ, o crédito desempenhou um papel bastante modesto na economia romana. Em prestar dinheiro a juros não era considerada uma atividade ilegal, mas era ainda mais desprezível do que a exploração do comércio. Isso porque os romanos consideravam que o dinheiro, objeto do empréstimo, não era consumido pelo tomador e, ao contrário das árvores, não produzia frutos. Em razão disso, as operações envolvendo o crédito, para além dos empréstimos sobre penhores, praticamente não existiam em Roma (LOPEZ, Robert S. *A Revolução Comercial da Idade Média – 950-1350*. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença, 1976, p. 18). Em sentido oposto, ARTURO SEGRE destaca o papel da usura na condução da atividade econômica em Roma, atribuindo a ela, inclusive, parcela de culpa pelo desenvolvimento limitado do comércio e da indústria em Roma. (SEGRE, Arturo. *Storia del commercio*. Torino, Genova: S. Lattes & Co. Editori, 1923, p. 53).

²⁷ Cf. DE PAULA, Eurípedes Simões. “As origens das corporações de ofício. As corporações em Roma”. *Revista de História*, São Paulo, v. XXXII, n. 65, p. 3-68, jan./mar. 1966. A despeito da fraca expansão do comércio em Roma — que se desenvolvia essencialmente por via aquática —, já se desenhavam as primeiras corporações de artesões, responsáveis pela organização da mão de obra e da produção e sua distribuição ao mercado. No entanto, ainda durante a República Romana, quando as lutas políticas eram mais intensas e vislumbrava-se mobilidade social, foram interditas todas as corporações de ofícios. No início do Império, sua criação era permitida com a condição de se dedicarem exclusivamente a cerimônias religiosas e objetivos filantrópicos Cf. LOPEZ. *A Revolução Comercial da Idade Média – 950-1350...*, p. 17.

²⁸ Sobre as sociedades e outras formas organizativas da empresa em Roma, ver: LEIST, B. W. *Zur Geschichte der römischen Societas*. Iena: Ed. Gustav Fischer, 1881; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *La società in diritto romano*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950; DI PORTO. *Impresa collettiva e schiavo “manager” in Roma antiga...*; GUARINO, Antonio. *La società in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1988; SALOMÃO FILHO, Calixto. “Societas” com relevância externa e personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 81, p. 66-78, 1991; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação da responsabilidade e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²⁹ Para aprofundamento sobre o tema, ver: CERAMI, Pietro; PETRUCCI, Aldo. *Diritto commerciale romano. Profilo storico*. Torino: Giappichelli, 2010.

1.2. Inexistência de um direito comercial

Muito embora desde a Babilônia já se tenha notícias da existência de sistemas jurídicos bastante desenvolvidos³⁰ — e que, inclusive, regulavam matérias de interesse do comércio, com maior destaque para os contratos³¹ —, não se pode dizer que havia um corpo de normas orgânico que pudesse ser chamado de “direito comercial”³².

Isso não significa que inexistissem regras atualmente consideradas o embrião de conhecidos institutos comerciais. Por exemplo, no Código de Hamurabi, dos §§ 100º ao 107º, pode-se encontrar o germe dos contratos de comissão e de mútuo. Os fenícios desenvolveram a *lex Rhodia de jactu*, posteriormente introduzida no Digesto de Justiniano (Livro XIV, nº 2), que é origem do alijamento ou avaria grossa (prevista, no Brasil, no Código Comercial, arts. 509, 763 e 764, 2º)³³.

³⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 52, 63.

³¹ AYMAR; AUBOYER. *História geral das civilizações...*, p. 163. Refere GILISSEN que a Mesopotâmia “[...] conheceu as primeiras formulações do direito. Os Sumérios, os Acadianos, os Hititas, os Assírios, redigiram textos jurídicos que se podem chamar de ‘códigos’, os quais chegaram a formular regras de direito mais ou menos abstractas. [...] Os Mesopotâmios praticavam a venda (mesmo a venda a crédito), o arrendamento (arrendamentos de instalações agrícolas, de casas, de arrendamento de serviços), o depósito, o empréstimo a juros, o título de crédito à ordem (com cláusula de reembolso ao portador), o contrato social. Eles faziam operações bancárias e financeiras em grande escala e tinham já comandita de comerciantes. Graças ao desenvolvimento da economia de troca e das relações comerciais, o direito da época de Hamurabi criou a técnica dos contratos, ainda que os juristas não tivessem chegado a construir uma teoria abstrata do direito das obrigações” (GILISSEN. *Introdução histórica ao direito...*, p. 52, 63).

³² HUVELIN. *Études d'histoire du droit commercial romain...*, p. 77; VIDARI, Ercole. *Corso de diritto commerciale*, v. I. 2 ed. Milano: Hoepli, 1881, p. 38; ASCARELLI. “O desenvolvimento histórico do direito comercial...”, p. 238; GALGANO. *Lex mercatoria...*, p. 25-26; BROSETA PONT, Manuel; SANS, Fernando Martinez. *Manual de Derecho mercantil*, v. I. 21 ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 40.

³³ Sobre o tema: SAMPAIO, Rodrigo de Lima Vaz. *Direito marítimo romano: a disciplina jurídica do alijamento*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. “Lex Rhodia de iactu. Sua repercussão no direito brasileiro”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, p. 55-66, 1968; DE ROBERTIS, Francesco Maria. *Lex Rhodia*. Crítica e autocritica su D. 14. 2. 9. In: *Studi per Vincenzo Arangio-Ruiz*, v. 3. Napoli: Jovene, 1953. p. 155-173; GOLDSCHMIDT, Levin. *Lex Rhodia und Agermanament – Der Schiffsrath – Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts*. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 35, p. 37-90, 321-395, 1889; KRAMPE, Christoph. „Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva”. In: ALTMEPPEN, Holger; REICHARD, Ingo; SCHERMAIER, Martin Josef; ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.). *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2010. p. 585-599; KRELLER, Hans. *Lex Rhodia*. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 85, p. 258-367, 1921; MAI, Ludwig. *Die Havarie-Grosse nach der lex Rhodia de jactu, dem deutschen Handelsgesetzbuch und der deutschen Rechtsprechung*. Mannheim: J. Bensheimer, 1889 (reimpressão: Whitefish: Kessinger, 2010); ADDOBATI, Andrea. “Principles and developments of general average: statutory and contractual loss allowances from the *Lex Rhodia* to the early modern mediterranean”. In: FUSARO, Maria; ADDOBATI, Andrea; PICCINNO, Luisa (ed.). *General average and risk management in medieval and early modern maritime business*. Cham: Palgrave MacMillan, 2023. p. 145-166.

Da mesma forma, o *nauticum foenus*, de origem grega e incorporada pelo direito romano, espécie de contrato de empréstimo a risco³⁴, consiste no antepassado histórico mais remoto do *contrato de comenda* praticado no Medievo nas cidades italianas e que dá origem a quatro tipos societários: (1) a *sociedade de capital e indústria* (extinta de nosso ordenamento jurídico pelo novo Código Civil³⁵); (2) a *sociedades em comandita simples*, em franco desuso; (3) a *sociedade em comandita por ações*, também posta fora de qualquer cogitação pelos empreendedores; e (4) a *sociedade em conta de participação*³⁶⁻³⁷.

Nem em Roma, a mais poderosa civilização da Antiguidade, houve algo que se pudesse chamar de direito comercial³⁸. Assim, a despeito da intensa atividade comercial praticada³⁹ e do progresso no desenvolvimento de noções jurídicas complexas⁴⁰, em Roma o comércio e o artesanato eram explorados a serviço do latifúndio e conectados com a propriedade fundiária, sem a presença de uma classe autônoma para defender politicamente seus interesses econômicos⁴¹. De mais a mais, o florescimento do comércio depende de segurança e paz, fatores que não estavam em primeiro plano para os romanos, uma civilização mais inclinada para a conquista do que para a mercancia⁴².

³⁴ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de sociedades mercantis*, v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1958, p. 92.

³⁵ A sociedade de capital e indústria foi extinta como tipo próprio. Todavia, como salienta ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, é possível que a sociedade simples seja constituída nos mesmos moldes, bem como a sociedade em nome coletivo (e, eventualmente, a própria sociedade em comandita simples). Cf. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 209, 351-352 e 360.

³⁶ GOLDSCHMIDT. *Storia universale del Diritto Commerciale...*, p. 201 ss. Ver: SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, João Pedro. *Sociedade em conta de participação*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2023, p. 40 ss.

³⁷ Por tudo: FRANÇA, Erasmo Valladão A. e N. *Fundamentos do direito da empresa e da atividade negocial*. Material de apoio à disciplina DCO 215/2010. Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

³⁸ HUVELIN. *Études d'histoire du droit commercial romain...*, p. 77; VIDARI. *Corso de diritto commerciale...*, p. 38; ASCARELLI. O desenvolvimento histórico do direito comercial..., p. 238; GALGANO. *Lex mercatoria...*, p. 25-26.

³⁹ Entende-se que a civilização Romana teve importante participação nas relações mercantis estabelecidas com os países do norte da Europa, o que contribui para um notável progresso na evolução das práticas comerciais. No entanto, a vasta extensão territorial do Império Romano não lhe foi favorável. Diz-se que o fácil acesso a artigos exóticos de consumo supérfluo desvirtuou os valores e os costumes da classe patriarcal, preparando a bancarrota material e espiritual do Império, decadência que viria a ser confirmada com a invasão dos povos bárbaros (SCHMIDT, Max Georg. *Historia del comercio mundial*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Labor, 1938, p. 35).

⁴⁰ GOLDSCHMIDT. *Storia universale del diritto commerciale...*, p. 60-61.

⁴¹ GALGANO. *Lex mercatoria...*, p. 26.

⁴² VIDARI. *Corso de diritto commerciale...*, p. 40.

Nesse sentido, os romanos não diferenciaram direito civil e direito comercial⁴³. E nem precisaram fazê-lo. Isso porque, assim como na Grécia, o comércio era exercido por estrangeiros, escravos ou libertos, e, também, porque a flexibilidade necessária ao comércio era, em boa medida, assegurada pelo direito externo (*jus gentium*)⁴⁴. A rigor, os romanos não chegaram nem a estabelecer uma separação nítida e precisa entre o direito público (*ius publicum*) e o direito privado (*ius privatum*)⁴⁵.

De qualquer forma, apesar de o direito comercial propriamente dito ter se formado organicamente nas cidades italianas durante a Idade Média, não se pode deixar de reconhecer a influência de Roma sobre certas matérias mercantis, como no que diz respeito às sociedades comerciais⁴⁶ e à falência⁴⁷. Da mesma forma, verifica-se no pacto para responsabilização dos capitães de navios e estalajadeiros pelos danos das coisas custodiadas ainda que sem culpa (Digesto, Livro IV, nº 9), ou seja, a *receptum nautarum* (cuja norma, em certa medida, aproxima-se da responsabilidade dos hotéis pelos bens furtados)⁴⁸. Na mesma

⁴³ VAINBERG. *La faillite d'après le droit romain*..., p. 6; CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Das fallências e dos meios preventivos de sua declaração*, v. I. São Paulo: Gerke & Cia, 1899, p. 1. Apesar disso, HUVELIN refere que uma série de instituições criadas pelo direito privado (v.g., presunção de solidariedade e de onerosidade das obrigações comerciais, simplificação dos procedimentos formais) encontraram vasta aplicação na prática comercial romana (HUVELIN. *Études d'histoire du droit commercial romain*..., p. 77-86).

⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 1 ss; REHME, Paul. *Historia universal del derecho mercantil*. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941, p. 56-57; GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, t. V. 7 ed. Bogotá: Temis, 1987, p. 29; CAVALLI. *Direito comercial*..., p. 12-15.

⁴⁵ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 3 ed. Milano: Francesco Villardi, 1902, p. 13-14; MACHADO. *Direito commercial*..., p. 227.

⁴⁶ LEIST. *Zur Geschichte der römischen Societas*...; ARANGIO-RUIZ. *La società in diritto romano*...; DIPORTO. *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antiga*...; GUARINO. *La società in diritto romano*...; SALOMÃO FILHO. "Societas" com relevância externa e personalidade jurídica...; WARDE JÚNIOR. *Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação da responsabilidade e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*...

⁴⁷ Cf. VAINBERG. *La faillite d'après le droit romain*..., p. 5; RENOUEAU, Augustin-Charles. *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I. Paris: Guillaumin, 1857, p. 19; THALLER, Edmond. *Des faillites en droit comparé*, t. I. Paris: Arthur Rousseau, 1887, p. 1 ss; RAMELLA, Agostino. *Trattato del fallimento*, v. I. Milano: Libreria, 1903, p. 18-19; BRUNETTI, Antonio. *Lezioni sul fallimento*. Padova: Cedam, 1936, p. 10; PROVINCIALI, Renzo. *Manuale di diritto fallimentare*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1951, p. 45; SANTARELLI, Umberto. *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*. Padova: Dedam, 1964, p. 24 ss; GARRIGUES. *Curso de derecho mercantil*..., p. 10; FERNANDEZ, Raymundo L. *Tratado teórico-práctico de la quiebra*. Buenos Aires: Compañía Impresora Argentina S. A., 1937, p. 221; LEVINTHAL, Louis E. The early history of bankruptcy law. *University of Pennsylvania Law Review*, 66 U. PA. L. Rev. 223-250 (1918), p. 236; MONTEIRO, Honório. *Preleções de direito comercial*. São Paulo: USP Editora, 1937, p. 2. Ver, também: TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 37 ss.

⁴⁸ Sobre o tema: VAN OVEN, Julius C. *Actio de recepto et actio locati*. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 24, p. 137-157, 1956; DE ROBERTIS, Francesco Maria. "Ancora sul receptum nautarum (*actio de recepto et*