

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUIZ CÉSAR MARTINS LOQUES

**O NOVO CÓDIGO COMERCIAL:
ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO SOCIETÁRIO**

VOLTA REDONDA

2019

**O NOVO CÓDIGO COMERCIAL:
ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO SOCIETÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Luiz César Martins Loques

Professor Orientador:

Sérgio Luis Pacheco Machado Júnior

VOLTA REDONDA

2019



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

O NOVO CÓDIGO COMERCIAL: ALGUNS REFLEXOS NO DIREITO SOCIETÁRIO

Elaborado por Luiz César Martins Loures apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 24 de maio de 2019

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô, meu herói e fonte de inspiração.

Agradeço a Deus pela calma e resiliência
para escrever esse trabalho.

Ao meu orientador pelas correções e
conselhos.

À minha família, por serem tudo.

RESUMO

A monografia tem por objetivo analisar os efeitos de um novo código comercial no direito societário brasileiro. Os paradigmas ideológicos de intervenção do Estado no domínio econômico e a valorização do sistema capitalista são os guias para o apoio ou não do PL 487/13 pela doutrina. As leis de mercado têm suma importância na resolução de conflitos judiciais, sendo as leis estatais insuficientes, muitas vezes, para a consecução desse objetivo, junto a utilização dos princípios típicos da matéria. A parte da doutrina reticente à edição do NCCOM utiliza-se dos argumentos do fim da era das codificações, os custos sobre os agentes econômicos, unificação das obrigações, a inflação dos princípios aplicáveis ao direito comercial e o aumento da insegurança jurídica nas relações mercantis para criticar o projeto. Os comercialistas favoráveis à edição do NCCOM afirmam que os princípios típicos do direito mercantil estão esgarçados e precisam ser a vertente da disciplina. Entre as principais modificações estão: emissão de debêntures por sociedades limitadas, nova interpretação e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, modificações na titularidade da EIRELI, a subsidiariedade das normas das sociedades anônimas nas sociedades limitadas, natureza jurídica do empresário individual e a definição do conceito de empresário informal e seu tratamento jurídico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E A LEX MERCATORIA	13
3 DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EDIÇÃO DO NCCOM.....	23
4 A RELEVÂNCIA DA CODIFICAÇÃO NO DIREITO COMERCIAL – NCCOM	30
5 DO PL 487/13 E O DIREITO SOCIETÁRIO – ALGUNS DOS AVANÇOS.....	40
6 CONCLUSÃO.....	54
7 REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A principal discussão que permeia a edição ou não de um novo código comercial advém de uma questão ideológica sobre a intervenção do Estado na economia e a função do direito comercial como regulador das relações entre os agentes econômicos.

Na perspectiva de Ludwig Von Mises o conceito de intervenção é abrangente, sendo definido como: “Intervenção é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam” (MISES, 2010a, p.21).

Compreende-se deste conceito que a intervenção estatal no domínio econômico é uma ação antinatural, ou seja, que não leva em conta a livre distribuição de recursos no mercado de consumo.

Mises vê dois tipos clássicos de intervenção do Estado: a chamada restrição de produção e a interferência na estrutura dos preços. Em qualquer dos dois cenários, o líder da escola austríaca de economia entende que a intervenção estatal é maléfica, como visto nestes dois trechos. A primeira constatação:

Qualquer restrição de produção prejudica diretamente uma parte dessa produção, assim como impede que determinadas oportunidades de emprego sejam franqueadas aos bens de categoria superior (terra, capital, mão de obra). Nenhum decreto governamental pode criar coisa alguma que já não tenha sido criada antes. Apenas os inflacionistas ingênuos acreditam que o governo pode enriquecer a humanidade através de emissão de dinheiro. O governo não pode criar coisa alguma; suas ordens não podem nem mesmo expropriar nada que pertença ao mundo da realidade, mas podem expulsar qualquer coisa do mundo do possível. O governo não é capaz de tornar o homem mais rico, mas pode empobrecê-lo (MISES, 2010, p.23).

Na segunda:

Nem mesmo essa medida resolveria o problema. Na vigência ideal das leis do mercado, oferta e demanda coincidem. No momento em que o governo decreta um preço mais baixo, a demanda passa a ser maior, e a oferta continua inalterada. Consequentemente o suprimento existente não será suficiente para atender à demanda pelo preço fixado. Parte da demanda deixará, então, de ser atendida. O mecanismo do mercado, que normalmente aproxima demanda e oferta pelas mudanças de preços, para de funcionar. Os consumidores que querem pagar o preço oficial ficam de mãos vazias, porque os primeiros compradores ou aqueles que conheciam pessoalmente os vendedores terão comprado o estoque inteiro. Assim, se o governo quiser evitar as consequências de sua própria intervenção—que,

afinal, são exatamente o contrário do que pretendia—deve lançar mão do racionamento como medida complementar ao controle de preços e de ordens de liberação dos estoques. Dessa forma, é o governo que vai determinar a quantidade de um produto que pode ser vendida para cada comprador, ao preço tabelado (MISES, 2010, p.24).

Depreende-se das citações uma profunda influência do liberalismo moderno, onde a gerência do Estado nas relações econômicas traz abalos no bom funcionamento do mercado, levando a prejuízos irremediáveis ou de difícil reparação na ordem econômica (ROTHBARD *et al*, 2012).

A perspectiva de Murray N. Rothbard, explicita bem esse raciocínio ao comentar as causas das grandes depressões econômicas, mais especificamente, a grande depressão americana:

A explicação das depressões portanto não será encontrada na referência a flutuações econômicas específicas, ou mesmo gerais, em si mesmas. O principal problema que uma teoria da depressão precisa explicar é: por que subitamente ocorre um aglomerado de erros? Essa é a primeira questão para qualquer teoria cíclica. A atividade econômica segue tranquila, e a maior parte das empresas obtém bons lucros. De repente, sem qualquer aviso, as condições mudam e a maioria das empresas sofrem perdas; subitamente se revela que elas cometeram graves erros em suas previsões.

No mercado puramente livre e desimpedido, não haverá aglomerado de erros, porque empreendedores treinados não vão todos cometer erros ao mesmo tempo. O ciclo “de boom e recessão” é gerado pela intervenção monetária no mercado, especificamente na expansão do crédito bancário para as empresas. Imaginemos uma economia com uma certa oferta monetária. Parte do dinheiro é gasto no consumo; o resto é poupado e investido numa imensa estrutura de capital, em várias ordens de produção. A proporção entre consumo e poupança ou investimento é determinada pelas preferências temporais das pessoas – o grau em que elas preferem satisfações presentes ou futuras. Quanto menos elas as preferirem no presente, menor será sua taxa de preferência temporal, e menor, portanto, a taxa pura de juros, que é determinada pelas preferências temporais dos indivíduos na sociedade. Uma taxa mais baixa de preferência temporal será refletida em maiores proporções entre investimento e consumo, no prolongamento da estrutura de produção, e em formação de capital (BUDGE *apud* ROTHBARD, 2012, p.51/52).

A conclusão das manifestações dos autores é no sentido de que os agentes econômicos, quando desimpedidos, acertarão na maior parte das vezes, na alocação de recursos a serem destinados no mercado. O consumidor, na qualidade de “rei” (MISES *et al*, 2009) deste, será o maior beneficiado pelas escolhas acertadas dos empresários, com a redução de preços e aumento da qualidade dos produtos.

O Estado, por outro lado, não conhece a vontade dos consumidores, pois não se enquadra no real cenário de mercado, uma vez que não depende da confiança e preferência destes para existir e lucrar. O Estado tem presença regulatória no aspecto da concorrência, o que nem sempre é bem-vindo, dada a distância da realidade e a forma pela qual é provocada sua atuação, podendo ser movida por interesses anticoncorrenciais dirigidos por monopolistas ou perdedores na corrida da livre concorrência (RAMOS *et al*, 2015).

Existe linha divergente a essa visão do sistema capitalista. Muitos estudiosos alegam que o mesmo produz sérias desigualdades sociais e, conseqüentemente, a concentração de poder econômico nas mãos de poucos, de modo a dificultar o estabelecimento de uma consciência coletiva entre as massas (COMPARATO *et al*, 2011).

O professor emérito de direito comercial da FADUSP, Fábio Konder Comparato, estabelece um paralelo entre o poder capitalista e o poder jurídico:

Antes de mais nada, o poder capitalista não dispõe, salvo em casos determinados, de um título no sentido jurídico; isto é, de um fundamento reconhecido pelo direito. Trata-se, em geral, de um poder de fato.

O poder jurídico implica, necessariamente, a contraparte do dever de obediência pelo sujeito passivo. Não assim, o poder de fato. E isso se explica, logicamente, porque o titular de um poder jurídico deve sempre exercê-lo, não no seu próprio interesse e benefício, mas em prol de outrem. O poder jurídico tem uma finalidade ou função altruísta que lhe é intrínseca; não assim o poder de fato (COMPARATO, 2011, p.1).

Sendo o poder capitalista, um poder de fato, e galgado em determinada ideologia da classe dominante que a impõe a uma classe dominada, é natural que haja uma proteção, onde um ente efetivamente impeça os indivíduos vulneráveis dentro deste sistema econômico desigual (COMPARATO *et al*, 2011). E esse protagonismo, naturalmente, recairá sobre o Estado, exercendo-o na intervenção no mercado, a fim de instituir políticas públicas (FORGIONI *et al*, 2019).

Destaca Luciano Coutinho:

[...] Quando nos referimos ao poder econômico contemporâneo, falamos do poder do capital. É aquilo que o doutor Alaôr Caffé falou: poder econômico é poder estruturado pela grande empresa, ou pelo grande banco. Como tal, o poder econômico não causa a pobreza de forma direta, necessariamente. O poder econômico tende a afetar, sim, as condições de distribuição e de

circulação da riqueza, como o doutor Joaquim chamou a atenção, mas ele é um resultado da História (COUTINHO, 2006, p. 64/65).

Decorre da lógica do Direito que este seja o regulador das relações sociais e, para alguns doutrinadores, ele vai além disso, recaindo sobre o direito comercial a tarefa de ser o fiscal das relações econômicas (SALOMÃO FILHO *et al*, 2015) materializadas em contratos, cessões de garantias, falências, recuperações judiciais, operações com títulos de crédito, entre outros.

Caberia igualmente ao Direito moldar o mercado, com o intuito de conectá-lo às regras jurídicas de proteção dos mais diversos direitos fundamentais de titularidade da sociedade como: o direito a um meio ambiente equilibrado, a proteção aos direitos do consumidor e etc. A função da ordem jurídica seria impor limites à livre manifestação de vontade do agente econômico detentor dos recursos a serem aplicados na sociedade (FORGIONI *et al*, 2018).

O mercado, dessa forma, seria uma instituição jurídica. Como destaca Eros Grau:

O mercado – insisto neste ponto – é uma instituição jurídica constituída pelo *direito positivo*, o *direito posto* pelo Estado moderno. Ao final do século XVIII, toma forma como objeto político e social serve ao tipo de sociedade que os liberais desejavam instaurar. O mercado se desdobra: sem deixar de referir os lugares que designamos como *mercado* e *feira*, assume o caráter de *idéia*, lógica que reagrupa uma série de atos, de fatos e de objetos (TORRE-SCHAUB *apud* GRAU, 2008, p.33).

Em oposição, destaca Jesus Huerta Soto ao citar a doutrina de Hayek:

[...] O socialismo, entendido desta forma tão ampla, é, de acordo com Hayek, um erro intelectual porque é logicamente *impossível* que aquele que deseja organizar ou intervir na sociedade possa ter acesso e utilizar o conhecimento necessário para levar a cabo o seu desejo voluntarista de "melhorar" a ordem social. De fato, de acordo com Hayek, a sociedade não é um sistema "racionalmente organizado" por uma mente ou grupo de mentes humanas, sendo, pelo contrário, uma *ordem espontânea*, ou seja, um processo dinâmico em constante evolução, que resulta da contínua interação de milhões de seres humanos, mas que não foi nem nunca poderá ser desenhado de forma consciente ou deliberada por nenhum indivíduo (SOTO, 2010, p.119).

Para Hayek, o mercado não pode ser encarado como uma instituição jurídica, mas sim uma instituição orgânica baseada na interação entre os indivíduos em busca de seus próprios interesses. É a mais pura forma de manifestação da ação humana (MISES *et al*, 2010b).

O mercado, nesta concepção, não possui uma organização racional como a ordem jurídica, mas é dotado de alto grau de espontaneidade (HAYEK *et al*, 2012), que o eleva a um igual grau de imprevisibilidade.

A nova codificação tem por base a forma como se vê o fenômeno econômico, sendo este o principal guia para a aceitação ou não dessa proposta, já que o NCCOM preserva valores ligados à valorização do sistema capitalista e da livre iniciativa. É sensível que os comercialistas mais ligados ao espírito liberal, em geral, defendam a edição do novo código comercial, pois reconhecem que o atual código civil possui carga axiológica incompatível com o que deveria ser a matéria. Por outro lado, existem àqueles que são ligados a uma visão transformadora do direito comercial, vendo nele a possibilidade de ser uma espécie de agente revolucionário nas mais diversas relações jurídicas com reflexos econômicos, o que se denominaria de: visão crítica do direito comercial. Na dicção de Calixto Salomão Filho:

Normalmente, inclusive no cenário internacional, direito comercial vem associado a manutenção de estruturas e conservadorismo, mesmo em uma época que o sistema capitalista tão gritantemente clama por mudanças de fundo.

Assim, o direito comercial vem sendo reduzido a uma mesmice pragmática em que chavões de homens de negócio são incorporados pelo meio jurídico e reproduzidos com princípios jurídicos que devem ser constantemente repetidos.

[...] A visão crítica não aceita tratar o direito comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário. Vê ao contrário na transformação da empresa, na disciplina dos mercados, elementos estruturais para a transformação de um sistema, que mantido nas bases econômicas e jurídicas em que atualmente se encontra, dá claros sinais físicos (meio ambiente) e sociais (desigualdade e exclusão) de esgotamento (SALOMÃO FILHO, 2015, p.7/8).

Essa contraposição de visões sobre a essência do direito comercial é a passagem entre a estagnação da matéria e a evolução das discussões sobre a mesma.

O trabalho se dedica a estabelecer os pontos objetivos do novo código comercial e seu intuito de modificar radicalmente a esfera jurídica do sistema comercial em nosso país. Os meios são: a maior flexibilidade das operações mercantis, dos tipos societários e a correção de algumas concepções previstas no CC/02.

2 A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E A LEX MERCATORIA

A discussão da autonomia e independência do direito comercial em pleno século XXI é serôdia. Essa concepção traz ao direito comercial a paridade científica com o direito comum. O processo de unificação das obrigações trazida pelo código civil italiano e, incorporada pelo código civil de 2002, é a razão da dissociação levada ao poder judiciário, que ao prestar a função jurisdicional, se afasta da natureza jurídica dos institutos ao aplicá-los (COELHO *et al*, 2018).

O esforço da doutrina ao diferenciar princípios de regras é louvável, no sentido de estabelecer critérios corretos para a elucidar os ramos autônomos do Direito.

O direito societário foi a principal vítima desta confusão perpetrada ao longo dos anos pela jurisprudência e pela lei. O intuito da nova codificação privada é a busca da “comercialidade” de muitos tipos societários que se perderam com o tempo (COELHO *et al*, 2012).

A primeira discussão está em estabelecer os elementos que tornam o direito comercial autônomo e, logo após, a diferenciação clássica dos princípios e regras jurídicas, e como estes auxiliam na independência do ramo do Direito em análise.

Miguel Reale define que o direito comercial:

Foi nos últimos séculos da Idade Média que surgiram várias corporações de mercadores, cuja finalidade era realizar o comércio, não só dentro do âmbito da própria comuna, ou da própria região, mas também com outros povos. Várias cidades medievais, como, por exemplo, Gênova, Florença, Veneza e as cidades alemãs e flamengas, ganharam grande fama pela sua capacidade comercial, assim como, também, pelos seus elementos de cultura. Essas cidades constituíram verdadeiros centros do comércio europeu. Ora, no campo das atividades mercantis, surgiram determinados tipos de regras destinadas a reger relações, como, por exemplo, as de compra e venda. Aos poucos, uma grande mudança se verificou, pelo destaque de considerável massa de regras do Direito Civil, a fim de governar as relações surgidas no comércio (*jus mercatorum*). Algumas delas se distinguiam por certos elementos ainda hoje apontados como peculiares no chamado Direito Comercial, o qual, pois, apareceu na Idade Média como o Direito especial de uma classe, a classe dos mercadores” (REALE, 2001, p.340).

Continua o eminente doutrinador:

O Direito Comercial é, pois, um dos ramos do Direito Privado, sendo um desdobramento ou especificação do Direito Civil. Perdeu, todavia, a sua característica de Direito classista, para passar a reger, objetivamente, determinado campo da experiência jurídica privada. Desse modo, o seu objeto passou a ser a atividade negociai enquanto destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais (REALE, 2001, p.340).

Percebe-se que o mestre das arcadas constata que o direito comercial é um desdobramento do direito civil e, conseqüentemente, perdeu a qualidade de ramo jurídico que cuidava do interesse de uma classe (mercadores) para tornar-se o regulador da atividade mercantil e, atualmente, da atividade empresarial. Afirmar que o direito comercial é um desdobramento do direito civil é uma afirmativa ousada se olhada apenas por um lado da questão. Prevalece no direito comercial o método indutivo, enquanto no direito civil existe o método dedutivo (REQUIÃO *et al*, 2006).

Partindo do princípio que a sede lógica de qualquer argumento é o seu método (HEGENBERG; HEGENBERG *et al*, 2009) constata-se que estes ramos do Direito detêm métodos absolutamente antagônicos, fazendo com que tenham origem própria e não uma relação de ancestralidade necessária.

Para além do método característico do direito comercial, o segundo elemento que garante sua autonomia é o cosmopolitismo. O comércio, diferentemente das atividades civis típicas, preserva o intuito de trocas com todo o mundo, independentemente de critérios de gratuidade e de pessoalidade, respeitando, exclusivamente as regras que modelam aquela atividade empresarial. A pessoalidade e a gratuidade perdem espaço para a busca pelo lucro e a impessoalidade (RAMOS *et al*, 2018). Destaca-se que mesmo no campo do direito civil, esses dois elementos são mitigados, como ocorre, por exemplo, com a doação modal.

Nesta modalidade contratual, o doador impõe condição ao donatário para que antes de receber a propriedade do bem, cumpra o encargo que foi determinado. Em geral, trata-se de encargos pessoais, dirigidos a terceiros, como aquele em que o doador transfere a propriedade de automóvel para familiar, desde que este leve sua mãe ao local de tratamento médico. É de difícil constatação que algo assim seja praticado no âmbito dos contratos mercantis. Ainda que haja o aperfeiçoamento de um contrato gratuito (doação), este se dará com a intenção de ampliação de

mercado ou favorecimento de fornecedor, já que esses ramos do Direito têm posições opostas.

Nesse sentido, André Luiz Santa Cruz Ramos explica o cosmopolitismo no direito comercial:

São características fundamentais do direito empresarial, que o distinguem sobremaneira do direito civil: a) o cosmopolitismo, uma vez que o comércio, historicamente, foi fator fundamental de integração entre os povos, razão pela qual o seu desenvolvimento propicia, até os dias de hoje, uma intensa inter-relação entre os países (note-se que em matéria de direito empresarial há diversos acordos internacionais em vigor, muitos dos quais o Brasil é signatário, tais como a Convenção de Genebra, que criou uma legislação uniforme sobre títulos de crédito, e a Convenção da União de Paris, que estabelece preceitos uniformes sobre propriedade industrial) (RAMOS, 2018, p.46)

Na visão do jovem comercialista, o cosmopolitismo do direito comercial sempre teve o seu objeto como fator de integração de países (RAMOS *et al*, 2018), não sendo possível que determinados institutos como: propriedade industrial ou títulos de crédito, não tenham uma coerência internacional para sua aplicação e regramento legal. Tal realidade não existe na maior parte dos institutos do direito civil onde a legislação nacional é suficiente para exaurir a matéria, tal como acontece no direito de família e no direito das sucessões.

O terceiro elemento importante para a autonomia do direito comercial são seus princípios próprios, como ocorre com o surgimento do princípio majoritário nas deliberações sociais. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Convém destacar, desde logo, que o princípio majoritário, no direito societário, não é democrático. Pelo contrário, quando se fala em maioria, não se está necessariamente prestigiando a vontade ou o entendimento da maior quantidade de sócios. Se fosse democrático, o princípio majoritário adotaria a fórmula de *um sócio, um voto*; mas não é assim. A maioria, no campo do direito societário, está invariavelmente associada ao risco assumido. Quanto maior o risco que o sócio assume em determinada sociedade, maior será a sua participação nas deliberações sociais (COELHO, 2016, p.55/56).

Dentro da organização das pessoas jurídicas cuja delimitação das regras está no direito civil, como nas associações, não se impera este cenário. O art.55 do CC/02 é claro ao prever que: “Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais”. Nessa modalidade, a regra é a igualdade entre os associados, sendo a seleção de privilégios por condições especiais a exceção (TARTUCE *et al*, 2017). As sociedades empresárias,

por sua vez, nascem com a desigualdade como regra, sendo a igualdade entre os sócios a exceção, como ocorre com a divisão igualitária de quotas entre quatro sócios de uma sociedade limitada (COELHO *et al*, 2016).

No que se refere aos critérios clássicos de diferenciação de princípios e regras, a doutrina de Humberto Ávila expõe três critérios: o critério do caráter condicional, critério do modo final da aplicação e critério do conflito normativo.

O primeiro critério, chamado de “caráter condicional”, caracteriza-se:

[...] as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto (ÁVILA, 2005, p.31).

Continua o grande tributarista ao citar o conceito de Karl Larenz:

Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento (LARENZ *apud* ÁVILA, 2005, p.27).

Como fundamento de críticas a essa teoria, Ávila aduz que:

Em terceiro lugar, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio (...) Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e o fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada (ÁVILA, 2005, p.33).

O segundo critério é o chamado critério do “modo final da aplicação” onde: “as regras são aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios, de modo gradual mais ou menos” (ÁVILA, 2005, p.35).

Ronald Dworkin é o criador deste critério e, ao citá-lo, Humberto Ávila expõe que:

[...] se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (DWORKIN *apud* ÁVILA, 2005, p.35/36).

Analisando-se a teoria defendida por Dworkin, pode-se argumentar que esta anda na contramão do processo chamado de neoconstitucionalismo. Quando o autor norte-americano avalia os princípios como espécie da norma jurídica que não determinam absolutamente a decisão, afasta-se da evolução tida na doutrina constitucionalista onde as regras, no caso concreto, podem perder aplicabilidade, dando lugar direto à fundamentação das decisões judiciais aos princípios. Vê-se esta tendência nos julgados do Superior Tribunal de Justiça que têm como objeto o princípio da preservação da empresa. Tais como o voto do Ministro Gurgel de Faria ao julgar o Resp 1.548.587/MG onde diz que:

Atento ao artigo 6º da Lei 11.101/05, este Tribunal Superior tem externado que, embora o deferimento do plano de recuperação judicial, por si só, não implique a suspensão do processo executivo, os atos de constrição patrimonial só serão adequados caso não coloquem em risco a atividade empresarial, pois o referido instituto tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (FARIA, Gurgel, Resp.1.548.587/MG, STJ).

Ainda nesse sentido, o voto da Ministra Nancy Andrighi/PR no CC 149.798:

Apesar de o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeter aos efeitos da recuperação judicial, o juízo universal é competente para avaliar se o bem é indispensável à atividade produtiva da recuperanda. Nessas hipóteses, não se permite a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial (ANDRIGHI, Nancy, ministra relatora, CC. 149.798/PR, STJ).

A douta ministra entendeu que a constrição destes bens inviabilizaria, de certa forma, a retomada das atividades da empresa, tornando a recuperação judicial mais onerosa. E no que tange ao princípio da preservação da empresa, tornaria uma possível falência, após a recuperação judicial, mais difícil.

Tal posicionamento é sedimentado no tribunal cidadão que a primeira seção da corte afetou o tema 987 de recursos repetitivos cujo título é: possibilidade da prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal. Como principal precedente existe a manifestação do ministro Benedito Gonçalves ao analisar o Resp 1.592.455/RS:

A jurisprudência desta corte superior firmou entendimento de que não são adequados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento do crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo, assim, prejuízo à Fazenda Pública (GONÇALVES, Benedito, ministro relator, Resp. 1.592.455/RS, STJ).

A jurisprudência da corte superior coloca o princípio da preservação da empresa acima de qualquer regra que o contrarie no caso concreto.

Ao fazer isso, respeita-se a função social que este princípio carrega em detrimento do tecnicismo da regra jurídica em loco. Desta forma, os princípios seriam regras de poder complementar, ou seja, sendo a regra incompleta ou que não abranja a realidade social presente na discussão judicial, aplicar-se-ão diretamente os princípios ao caso concreto, fugindo do *all or nothing* dworkniano (DWORKIN *et al*, 2007). Em sentido semelhante, Humberto Ávila faz uma crítica direta à teoria de Dworkin:

[...] a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo no sentido da hipótese normativa, ou se recorrer a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas a sua aplicação; tanto os princípios como regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados (ÁVILA, 2005, p.38)

Por fim, o terceiro critério é o do “conflito normativo”, onde se destaca a teoria de princípios de Dworkin novamente, contudo, desta vez, é coerente com o ponto de vista do eterno jurista da New York University:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é (DWORKIN, 2007, p.42/43).

Complementando esta ideia, Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade (ALEXY, 2008, p.93/94).

Os princípios, de fato, não podem ser suprimidos do ordenamento jurídico. No caso concreto, um princípio, em conflito com outro, pode submeter-se a outro preponderante, mas nunca deixar de existir. A função de baluarte das regras, tão enunciado por Dworkin, traz reflexões sobre o conflito de princípios jurídicos no direito comercial aplicado. A chamada cláusula de não concorrência, onde contrapõe-se o princípio da livre concorrência com o da boa-fé objetiva.

O STJ decidiu a matéria no julgamento do AgRg no AResp 404.624/SP:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO INIBITÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VENDA DE PRODUTOS E SERVIÇOS EM NOME DE EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL ESPECÍFICA. DECISÃO MANTIDA. 1. A agravante não traz razões suficientes para infirmar a decisão agravada. Destarte, deve ser mantida a decisão agravada por seus jurídicos fundamentos. 2. O Tribunal Estadual informa que a recorrida, de acordo com a cláusula 8ª do contrato e observando o prazo mínimo de seis meses, enviou notificação à autora, dando-lhe conta de sua intenção de não mais renovar a avença, quando do respectivo termo contratual. Ademais, entendeu que não houve malferimento do princípio da boa-fé objetiva, porquanto o contrato foi rescindido nos termos das cláusulas livremente avençadas pelas partes. Para desconstituir este entendimento, seria imprescindível o reexame de prova e interpretação de cláusula contratual, o que é defeso nesta instância especial (Súmulas 5 e 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido (SALOMÃO, Luis Felipe, Ministro Relator, AgRg no AResp: 404624/SP, STJ).

Conclui-se que a doutrina de Dworkin não é coerente com o cenário de valorização de princípios no século XXI por esta ótica. A crítica que se faz a esse método de diferenciação é que nem sempre haverá coerência entre o objetivo pleiteado pelo legislador e a interpretação dos tribunais. Logo, dar as regras o poder de determinar o fim útil dos casos concretos por uma via de exclusão é ignorar um

relevante papel dos princípios que, impregnados por valores sociais, podem de per si, decidir o fim de determinada demanda judicial.

Ao utilizar as críticas para diferenciar esses institutos, deve-se dar uma proposta de solução para tal, e a doutrina de Humberto Ávila através do chamado método de dissociação heurística, busca uma resposta para a questão:

[...] a proposta aqui defendida pode ser qualificada como heurística. Como já foi examinado, as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos e dos seus significados usual. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor em perigo, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitido antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como um modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação de decisão a respeito desses conteúdos (ÁVILA, 2005, p.60)

A tese em comento define que não há de se ter uma materialidade absoluta da norma jurídica, ou seja, está qualificação depende de uma série de conexões valorativas que não necessariamente estão presentes no texto da lei. Neste modelo, não há um procedimento irretratável da aplicação de qualquer regra ou princípio em decisões judiciais, podendo a fundamentação ser livre. Olhar o espectro de vinculação de uma regra jurídica obrigatoriamente como fator basilar de fundamentação de uma sentença significa ser demasiadamente rígido, sem dar espaço aos princípios como protagonistas. Essa flexibilização dá iniciativa para conceber, ainda que de forma precária, o surgimento de um quinto elemento: Os usos e costumes do comércio – *lex mercatoria* - como fonte do direito comercial e base para suas decisões no âmbito judicial ou administrativo (FORGIONI *et al*, 2015).

Marlon Tomazette define que o CC/02:

[...] remete determinadas hipóteses aos costumes, demonstrando a condição destes de fontes do direito, na medida em que manifestam regras de conduta. A propósito, veja se o artigo 432 do Código Civil de 2002, que considera perfeito o contrato, no qual não seja costume a aceitação se a recusa não chegar a tempo. O artigo 569, II, do mesmo Código, reconhece que o locatário possa pagar os alugueres, segundo o costume do lugar se não houver ajuste. No artigo 615 do Código Civil de 2002, prevê se a obrigação do recebimento de obra contratada por empreitada executada

segundo costumes do lugar, ou segundo o ajuste. No artigo 596, permite-se a fixação da remuneração da prestação de serviços, segundo o costume do lugar. Em relação ao mesmo contrato, o artigo 597 menciona que o pagamento da prestação de serviços poderá ser adiantado ou em parcelas, conforme o costume. O artigo 599 também fala sobre a resolução do contrato de prestação de serviços segundo o costume do lugar, não havendo estipulação de prazo (TOMAZETTE, 2017, p.49).

Destaca-se que os costumes não são simples reiterações de conduta pelos indivíduos, mas de uma decisão coletiva, levando-se em consideração determinado comportamento (NADER *et al*, 2018) em sentido único. A velha dogmática de que um costume jamais poderia contrariar a lei, apenas na omissão desta, parece perder espaço para uma realidade jurídico-mercadológica mais complexa. Basta utilizar novamente a chamada cláusula de não concorrência prevista no art.1.147 do CC/02, cuja redação aduz que: “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”

Se em um mercado oligopolizado há a conclusão que um contrato de trespasse entre duas das três empresas de destaque daquele segmento, não é economicamente viável para impedir a concentração deste, o juízo federal competente poderia fixar um período menor desta obrigação de não fazer, para que se evite a vantagem do adquirente, que passará a encarar um mercado mais concentrado (hipótese de costume contra a lei). Ou, em caso de alienante que necessite de se estabelecer no mercado por ser esse seu único ofício, nada deveria obstá-lo de prever em contrato, vigência igualmente inferior à cláusula do período de cinco anos.

A base deste raciocínio está numa continuação da proposta de dissociação de princípios e regras visto anteriormente. Se é juridicamente válido dizer, neste cenário, que as regras e princípios não devem ter vinculação própria ou que sua origem depende de critério axiológicos, não há nada mais justo do que inserir no direito comercial os usos e costumes do comércio para embasar estas decisões judiciais. Se o mercado não sai prejudicado, não pode o critério abstrato da lei exigilo. A lei não tem alma própria, apenas defende determinado interesse ou realidade social, portanto, é possível pelo critério da eficiência econômica (MURPHY *et al*, 2011) que um costume do comércio de fim à controvérsia instalada entre os dois agentes ativos na atividade mercantil.

Desta forma, ainda que haja a quebra de cláusula contratual de impedimento de reabilitação da atividade empresarial em determinada área pelo alienante no contrato de trespasse, o juiz não deveria puni-lo, se sua atitude beneficia a dispersão das forças de mercado, tendentes a consecução de monopólios e oligopólios. Aqui, a boa-fé objetiva seria mitigada frente à eficiência econômica, que é o valor essencial a ser atingido.

Tal como afirma Claudia da Costa Bonard de Carvalho ao citar o pensamento de Richard Posner, sobre a economia e a eficiência (forma necessária de se administrar recursos escassos):

la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su “interés propio (POSNER *apud* CARVALHO, 2017, p.1).

A organização racional dos recursos escassos dentro de uma sociedade com liberdade de mercado é benéfica ao corpo social, em detrimento de uma atividade econômica regulada, que levaria a um controle artificial de preços e, ato contínuo, ao colapso do sistema (MISES *et al*, 2009).

3 DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EDIÇÃO DO NCCOM

O novo código comercial desperta a discordância de boa parte da doutrina comercialista. Nesse sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa argumenta que:

Mais de uma vez tenho insistido no sentido de que os códigos enciclopédicos perderam a vez, necessitando dar lugar à legislação específica, formada por micro sistemas que conversem entre si debaixo de uma "*Lei de Introdução ao Direito Comercial*". Se fosse para seguir o modelo europeu de preservação dos códigos, como se fez na França e na Itália, entre outros, então não tivéssemos literalmente jogado fora o Código Comercial de 1850 e o Civil de 1916, que deveriam ter sido progressivamente atualizados conforme o vover da sociedade e do direito (VERÇOSA, 2018, p.1).

Ao fundo desta visão de negação à edição de um novo código comercial, percebe-se um profundo espírito revolucionário da matéria mercantil. Parte da doutrina, inclusive, chega a denominar a corrente contrária como: puristas do direito comercial:

Os puristas do Direito Comercial, mortos e vivos, já há bastante tempo sofrem profundamente com diversas invencionices que têm aflorado de uma doutrina menos avisada e de um Judiciário que afasta os princípios desse importante ramo do direito, portadores de uma síndrome protecionista inteiramente descabida. São eles os *terraplanistas* desse do Direito Mercantil, profundamente esvaziado nos seus princípios, do que decorrerá – ora veja! – um efeito bumerangue contra os indevidamente favorecidos, que alcançará toda uma categoria em prejuízo de uma importante atividade (VERÇOSA; SZTAJN, 2019, p.1, grifo do autor).

Basicamente, seis argumentos sustentam as críticas a criação de um novo código comercial: o fim da era das codificações, a inflação legislativa, custo sobre os agentes econômicos, a unificação das obrigações, a inflação dos princípios aplicáveis ao direito comercial e o aumento da insegurança jurídica nas relações mercantis.

É uníssona entre os críticos do novo código comercial a ideia de que a era das codificações não está mais em destaque. Os comentários de Haroldo Malheiros Durlerc Verçosa e Raquel Sztajn comprovam essa tese:

Em obra paralela e não menos importante Natalino Irti derrubou décadas de uma noção inadequada sobre o mercado para demonstrar que ele é um *lugar artificial* e não natural e, que, precisamente, essa artificialidade do mercado tem por base institutos jurídicos como propriedade e contratos sem os quais, decisões que criem riqueza, dá forma à economia de mercado e em que decisões políticas a caracterizam, como mercantil, coletivista ou mista. Dessa maneira são as decisões políticas, mutáveis por natureza, que fazem com que os diversos regimes da economia sejam marcados pela historicidade e não porque possuem um caráter absoluto e definitivo (DURLEC; SZTAJN, 2018, p.1)

O professor José Alexandre Tavares Guerreiro ao proferir sua opinião acerca do tema afirma que:

[...] porque se trata de uma tarefa gigantesca. Ainda a poucos anos atrás, no encerramento do governo do presidente Chirac, na França, a mesma estória da constituição de um direito comercial... “dum” código comercial foi... agitou os meios jurídicos franceses. [...] A ideia era fazer o código civil e o código comercial. [...] Só que para a grande surpresa dos autores, do público, dos livreiros e dos compradores de livros, foram “precisos” editar vinte e dois outros códigos, exatamente confirmando a suspeita do deputado Molon, porque realmente a França tinha que editar: um código de seguros, mais marítimos, mais outro código de seguros terrestres, então há dois mais. O código da navegação – fluvial, marítimo- código de seguros – das diversas modalidades de seguro. No fim, deputado, o projeto de unificação, de consolidação das normas comerciais resultou na bagatela de vinte e dois novos códigos, o que evidentemente deixou as editoras [...], muito entusiasmadas e os leitores todos certamente estimulados a recomeçar a mesma discussão (GUERREIRO, 2012).

A ideia que o referido professor da Universidade de São Paulo mostra é a chamada “inflação legislativa” que decorreria da edição de um novo código comercial. Depreende-se de sua visão que um código comercial não seria capaz de regular toda a matéria, obrigando, dessa forma, a formulação de diversas outras leis codificadas para a conquista deste objetivo, o que seria, obviamente, um enorme peso no ordenamento jurídico pátrio.

A legislação comercial brasileira já possui várias leis esparsas regulando os mais diversos temas, como: lei 11.101/05 (lei de falência, recuperação judicial e extrajudicial), letra de câmbio e nota promissória: decreto nº 57.663/66 e decreto nº 2.044/1908, cheque: lei nº 7.357/85, duplicata: Lei nº 5474/68, código civil, lei da propriedade industrial, o código comercial de 1850, entre outras.

Em terceiro lugar, surge o argumento do aumento do custo das operações mercantis com a edição do novo código comercial. No ano de 2014, a professora Luciana Yeung lançou o estudo: Medindo os Impactos do PL 1.572 da Câmara dos Deputados, ou do PL 487 do Senado Federal, que propõem o Novo Código Comercial Brasileiro.

Entre os argumentos postos pela professora do Insper, está a referência ao art.220 do PL 487/13:

A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por

estabelecimentos secundários ou subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos na constituição Federal ou na lei, se sócia ou acionista de sociedade brasileira. §1o Ao requerimento de autorização devem juntar-se: (...) III – relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto às ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade; (...) §2o Os documentos devem ser autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo.

Continua a professora:

O artigo 220 do PLS 487, ou o artigo 143 do PL 1.572, faz a exigência para figuração nominal nas participações de capital, direta e indiretamente. Na verdade, em várias situações, o atendimento a esta regra será simplesmente impossível, pois há países em que a identidade dos sócios é mantida em sigilo legal. A criação desta regra evidencia desconhecimento de práticas empresariais internacionais e pressupõe que o ambiente jurídico nacional, no que se refere aos negócios, pode ser totalmente desligada do ambiente internacional, o que não é verdade. Não se trata de uma questão de direito doméstico.

Mesmo assim, mesmo se se assumisse que é legalmente possível obter a nomeação de todos os participantes do capital estrangeiro investidor no país, esse novo regramento, em particular, traria custos efetivos e custos de transação adicionais demasiadamente altos, a ponto de tornar significativamente menos atraente o investimento no Brasil. O processo de coleta das informações devidas, obviamente, vai depender do investimento em questão. Mas, em muitos casos (e a maior parte dos casos de Investimentos Estrangeiros Diretos, IED, no Brasil), ela envolveria o levantamento de centenas e até milhares de nomes. Como mostra Nelson Eizirik (Carvalhosa e Eizirik Advogados), “Se for um fundo de pensão dos EUA com 5 mil integrantes, vai desistir do negócio e colocar seu dinheiro em outro lugar”.

Na prática, além de coletar as informações nominais e pessoais de cada cotista, será necessário fazer o reconhecimento legal destes documentos no país de origem, levá-los para nova conferência e legalização no consulado brasileiro mais próximo (e supondo insignificantes os custos para ida até esse consulado). Depois disso, ainda há que se remetê-los todos ao Brasil, providenciar a tradução juramentada ao vernáculo português e providenciar eventuais legalizações adicionais. É quase possível ver nas entrelinhas uma sinalização para que esse mesmo capital deixe de vir ao Brasil.

Dessa forma, deve-se adicionar de 30 a 60 dias à duração do processo de abertura das empresas estrangeiras. Há de se lembrar que, além do tempo, todo o procedimento descrito acima elevará os custos financeiros da abertura. Refletindo tudo isso, estimaremos um custo adicional de US\$ 10 mil, ou cerca de \$ 22.300 reais (à época da redação deste relatório) (YEUNG, 2014, p.8)

Esta concepção, igualmente defendida pela professora Paula Andrea Forgioni, entende que as transações entre empresários, materializadas nas relações mercantis, ensejarão aumento em seus custos, majorando o preço para o

consumidor. Reafirma essa ideia a mestre das arcadas, ao comentar regra específica do direito falimentar no novo código comercial:

Esse projeto altera a nossa lei de recuperação judicial, falência e em casos...no momento da classificação dos créditos, os créditos dos estrangeiros vêm após os quirografários. Nossos especialistas em direito falimentar, em recuperação judicial estão extremamente preocupados. [...] Não é atrativo “pra” qualquer crédito estabelecer que em casos de dificuldades econômicas do devedor, o credor será o último após os quirografários. Isso nem eu acreditei quando vi o projeto (FORGIONI, 2016).

O quarto ponto a ser discutido é a afirmação de que a unificação das obrigações é a opção correta no direito contratual moderno. Novamente, a professora Paula A. Forgioni faz menção a essa questão:

Há décadas, pra não dizer séculos, a gente já superou a ideia de que há obrigações comerciais e há obrigações civis. O calvário pedagógico da teoria geral é dos civilistas, é teoria geral do direito privado. Não tem cabimento a gente falar em obrigações comerciais não faz o mínimo sentido (FORGIONI, 2015).

Sobre este ponto, os debates serão infundáveis. A razão da irreparabilidade das opiniões dos doutrinadores se dá graças a cosmovisão que os comercialistas têm da disciplina. Os doutrinadores chamados de “puristas” do direito comercial (VERÇOSA; SZTAJN *et al*, 2019) ressuscitam a visão da divisão das obrigações civis e comerciais perpetradas ao longo de boa parte do século XX em nosso ordenamento jurídico, mais especificamente, pelo código civil de 1916 e o código comercial de 1850.

Entende essa parte da doutrina que a unificação das obrigações foi um erro na codificação atual, uma vez que esgarçou os princípios típicos da matéria (FORGIONI *et al*, 2015) e retirou seu “espírito”.

Por outro lado, os entusiastas da unificação das obrigações, percebem uma relação de convivência harmoniosa entre as chamadas obrigações civis e comerciais, de modo que as relações civis e empresariais, respeitada sua autonomia, podem coexistir regulando as mesmas previsões contratuais. Esse é o cenário atual, acontecendo, por exemplo, com a compra e venda (BRANCO *et al*, 2014).

O quinto ponto em destaque é a chamada inflação de princípios na matéria mercantil. Entre os críticos prevalece a máxima de que o NCCOM traz uma lógica genérica dos princípios típicos do direito comercial, e que podem ser aplicados pelo poder judiciário, eventualmente, de forma desconexa. O art.10 do PL 487/13 define que:

Art. 10. São princípios gerais aplicáveis às sociedades: I-
Autonomia patrimonial;
II-Tipicidade;
III-Preservação da empresa economicamente viável;
IV-Proteção do investidor pela limitação de sua responsabilidade na aplicação de recursos na atividade econômica;
V-Formação da vontade social por deliberação dos sócios; e VI-
Proteção dos sócios não controladores.

Percebe-se que há no inciso VI a positivação do princípio da proteção ao sócio minoritário. Contudo, ao comentar sobre esse princípio e a questão de um plano geral, a professora Paula A. Forgioni afirma que:

[...]. Quantos mais amplos os princípios, mais problemas eu posso ter. Então veja, nós temos no Supremo Tribunal Federal dois ministros usando o mesmo princípio e cada um vai para um lado. O próprio ministro Eros Grau mudou sua opinião em relação aos princípios, não sei se eu concordo com ele nessa parte, mas falou - olha não dá, a insegurança é muito grande

[...] Quando você passa isso “pro” comercial é complicado. Cada capítulo começa com princípios. Princípios para todos os lados, de todos os tipos, princípios que eu nunca vi na vida e que foram inventados, em cada capítulo. Então eu lembro um aqui, na parte de societário... Princípio de proteção do minoritário. Não sou do mal, não sou a favor do controlador, como não tem um princípio de proteção do controlador. O que você tem na lei de S/A são mecanismos de proteção do minoritário de acordo com percentuais.... Não existe um princípio geral de proteção, isso é muito complicado.

[...] Isso é uma loucura, porque nós não estamos falando só dos nossos juízes especializados daqui. Nós estamos falando do país inteiro, na área do Direito que mais segurança e previsibilidade nós precisamos ter pra mover a economia (FORGIONI, 2019).

O pensamento retratado, de certa forma, valoriza a segurança e previsibilidade como instrumento importante do direito comercial, onde a má aplicação dos princípios, principalmente quando utilizados com força normativa,

poderiam levar a interpretações divergentes da matéria e a decisões que se tornariam imprevisíveis causando um maior custo aos agentes econômicos.

Ainda nessa linha, o pensamento de Eros Roberto Grau, ao citar o sociólogo Nicos Poulantzas, para avaliar o último ponto: a segurança jurídica.

Os agentes econômicos, no interior de um mercado extremamente complexo, no qual o ganho voltado à acumulação de capital joga um papel preponderante, necessitam de uma justiça e de uma administração cujo funcionamento possa ser, em princípio, calculado racionalmente (POULANTZAS *apud* GRAU, 2008, p.31).

O que se entende por segurança jurídica no direito comercial pode-se resumir em duas palavras: previsibilidade e estabilidade. Ao comentar o princípio da inerência do risco a qualquer atividade empresarial, Fernando Melo da Silva alega que:

Toda atividade empresarial, desde os primórdios de seu surgimento pautou a atuação de seus agentes pela tentativa de suplantar ou minimizar os riscos inerentes à atividade econômica como forma de tentar maximizar o proveito objetivado por este agente com a atividade que escolheu desempenhar.

Ele compõe o cálculo dos custos do empresário, na medida em que, segundo lições da economia fatores de produção possuem uma interação tão intensa e complexa, que a certo modo, apesar de ainda guardarem o caráter da mobilidade, ganham contornos de rigidez em suas mais variadas expressões, sejam eles de natureza: física, operacional, institucional ou psicológica, de modo a conferir aquilo que é de mais precioso numa economia de mercado, que é a previsibilidade e a estabilidade.

Sua menção na doutrina é pródiga, principalmente quando doutrinadores arvoram-se a definir empresa e relacioná-la com o mercado, numa interface direta com a economia (NUSDEO *apud* SILVA, 2011, p.54).

Destaca o professor da Universidade do Estado de Minas Gerais, ao citar a professora Paula A. Forgioni, que:

Conforme doutrina clássica, em sua origem o direito comercial emerge, por volta do século XII, da necessidade prática dos comerciantes, para quem o direito romano (que estava até então sendo redescoberto) não bastava para (i) atribuir um maior grau de segurança e de previsibilidade às relações comerciais e (ii) proteger a celeridade e outras características peculiares da vida mercantil (FORGIONI *apud* SILVA, 2011, p.53).

Desde suas origens o direito comercial tem por função estabelecer a previsibilidade nas relações mercantis, sendo o direito civil, de base romana, insuficiente para tal (FORGIONI *et al*, 2003). A previsibilidade e a estabilidade são essenciais para o cálculo econômico do empresário, que medirá seu investimento e,

de igual modo, o risco. Sem um alto grau de certeza destes dois institutos, o empresário dificilmente materializará seu investimento e trará os benefícios para o corpo social tais como: criação de empregos, novos produtos e serviços para o mercado de consumo, criação de concorrência naquele mercado, receita pública para a fazenda pública via impostos, entre outras soluções (COELHO *et al*, 2016).

4 A RELEVÂNCIA DA CODIFICAÇÃO NO DIREITO COMERCIAL - NCCOM

O direito comercial sofre desde a derrogação do Código Comercial de 1850, um reflexo negativo em seu campo legislativo, podendo ser traduzido como uma dispersão no microsistema comercial. Não obstante, é imperioso reconhecer que se trata de processo corrente em todo o direito privado, não só no direito comercial, tal como destaca o procurador federal Fabrício Cardoso de Meneses:

A partir de então, ganhou força o processo de descodificação do direito civil. Ao invés de reunir em um só corpo todas as normas que regulavam os mais diversos campos da sociedade, era mais interessante organizar diversos “Microsistemas” a fim de atender aos anseios sociais, normatizando especificamente determinados assuntos, como por exemplo o Estatuto da Cidade, que reuniu normas capazes de agilizar a reconstrução de cidades europeias (MENESES, 2014, p.1).

Observa-se que o direito civil, após a edição da CRFB, teve algumas de suas partes dispersas no ordenamento jurídico, tais como: a lei 8.245/91, lei 10.931/04 e a lei 8.971/94. Ainda assim, as leis editadas antes da carta magna passaram por complemento por lei ordinária, por exemplo: A lei 4.591/64 regula a incorporação imobiliária. Para complementá-la e atualizá-la quanto a ponto importante na praxe forense, foi editada a lei 13.786/18 que regula o distrato imobiliário.

Ainda que relevante parte da doutrina veja o referido fenômeno como avanço, há de se destacar que o direito civil ainda conta com regulação de seus principais institutos na própria lei 10.406/02 como: o direito de família e o direito das sucessões, tendo na legislação esparsa apenas pequena parte da regulação destes institutos. O código civil, realmente, emana princípios e é, sem dúvida, o paradigma interpretativo de todo o sistema (TARTUCE *et al*, 2017).

O argumento que a doutrina reticente à edição do novo código comercial utiliza no sentido da superação da era dos códigos, destoa absolutamente da realidade legislativa pátria no cenário constitucional atual. Constata-se a existência de pelo menos 7 códigos promulgados após o dia 05 de Outubro de 1988, sendo estes: o código civil (lei 10.406/02), código florestal (12.651/12), código de defesa do consumidor (lei 8.078/90), código de processo civil (lei 13.105/15), código de propriedade industrial (lei 9.279/96), código de menores - eca (lei 8.069/90) e código de trânsito brasileiro (lei 9.503/97).

É imperioso reconhecer que a sistemática do direito civil, foi no caminho da descodificação. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Acontece que a celeridade da vida não pode ser detida pelas muralhas de um direito codificado. Acontecimentos, ora na simplicidade da existência cotidiana, ora marcados pelos de maior gravidade, exigem novos comportamentos legislativos. Em consequência, um edifício demoradamente construído, como é um Código, vê-se atingido por exigências frequentes, necessitando de suprimentos legislativos. O Código Civil brasileiro de 1916, resultado de enorme esforço, teve de acudir muito prontamente à solução de problema surgido com a primeira crise habitacional, efeito imediato da Guerra Mundial (PEREIRA, 2017, p.91).

Todavia, o reconhecimento da lei 10.406/02, como unidade do sistema deste ramo do direito privado reforça a necessidade da chamada “codificação”. Não obstante, forma-se, um complexo chamado de microsistema onde se englobam: as leis especiais e o código.

Ressalta-se a função de prisma dos princípios para as demais leis do microsistema civil. Sendo impossível pensar em qualquer aplicação de lei civil especial sem o filtro interpretativo dos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

Não parece coerente, contudo, isolar o direito comercial desta lógica no ordenamento jurídico brasileiro. Na dicção de Arnaldo Wald:

Formou-se um consenso quanto à necessidade de explicitar alguns princípios específicos do Direito Comercial, rever alguns regimes jurídicos, como o da Sociedade Limitada, introduzir a Governança Corporativa e aprimorar a legislação falimentar e de recuperação da empresa, a fim de restaurar “a dignidade do direito comercial” (WALD, 2018, p.1).

Destaca ainda o comercialista:

Acresce que o Direito Comercial exerceu sempre a função de sentinela avançada, de conjunto de normas mais adiantadas, em relação ao Direito tradicional, abandonando um formalismo exagerado, superando o misoneísmo dos juristas e adotando soluções mais flexíveis. Foi, sempre, o Direito da liberdade contratual, sem prejuízo do respeito à ética e à ordem pública. Em vários momentos da história, tivemos a necessidade de flexibilizar as normas existentes, mantendo, todavia, paralelamente o sistema tradicional e criando, ao seu lado, um novo conjunto normativo de caráter especial. Com o decorrer do tempo, algumas dessas novas normas foram penetrando no Direito comum e, tendo inicialmente surgido para serem aplicadas no caso de situações peculiares, foram, finalmente, consolidadas em toda a legislação civil, restabelecendo-se, assim, um regime jurídico único e passando o Direito comum, em certos casos, a incorporar o Direito especial (WALD, 2018, p.1).

Os princípios do direito comercial são as bases do sistema, que ao longo dos anos, foram se perdendo com a unificação das obrigações no CC/02. Os princípios típicos da matéria diferenciam o direito comercial dos demais ramos do direito privado, como se pode entender da redação do art.5º do PL 487/13, com a intenção de torná-los expressos:

Art.5º: São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões:

- I – Liberdade de iniciativa empresarial;
- II – Liberdade de competição;
- III – Função econômica e social da empresa;
- V – Ética e boa-fé.

A doutrina comercialista à luz do principiologismo próprio, inspirou o PL 487/13 a determinar valores inegociáveis do ramo jurídico, expressos no art.6º do referido projeto:

Art.6º: Decorre do princípio da liberdade de iniciativa empresarial o reconhecimento:

- I – da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos;
- II – do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada;
- III – da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao 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; e
- IV – da empresa privada como importante pólo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentadora de riqueza local, regional, nacional e global

Está presente no artigo anterior a questão central do sistema do novo código comercial: trazer novamente à dignidade ao direito comercial, a fim de estabelecer padrões de aplicação das normas comerciais, respeitando, obviamente, a realidade social onde irão atuar.

Não se nega, em princípio, a incidência dos princípios basilares do chamado direito civil-constitucional ao direito comercial. A boa-fé objetiva é a regra interpretativa do direito privado brasileiro, mas ao ser confrontada com a eficiência do mercado, deve ser mitigada.

Destaca-se a possibilidade de manutenção do art.112 do CC/02 no momento de renascimento do código comercial, cuja redação é: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

A livre manifestação da vontade é elemento essencial do negócio jurídico. Em um cenário em que se busca maior liberdade de mercado e o encontro de vontades, não se pode ignorá-la, sob pena de restringir os meios de obtenção de recursos pelas futuras sociedades empresárias. A verdadeira intenção dos agentes econômicos (partes contratantes) é o que deve prevalecer na ótica deste novo direito comercial que está em desenvolvimento com a nova codificação, devendo ser ressaltada frente a eventuais entraves interpretativos contratuais.

O atual código civil traz em sua redação formalidades desnecessárias e sem uma percepção aparente de caráter científico para determinadas normas quando aplicadas ao direito comercial, mas que fazem todo o sentido no sistema do direito comum, como é o caso do art.108 do CC/02:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Tem-se que determinada sociedade limitada empresária, detém garantia real sobre determinado imóvel, que cedeu a título de um contrato empresarial. É impensável afastar da sistemática do direito comercial a previsibilidade e custos de operação de seu reflexo nos preços quando destinados ao consumidor. Ao exigir que se concretize o referido contrato com múnus público, aumentam-se os custos do produto final, exclusivamente, por mera formalidade legal.

Os princípios, por isso, são os protagonistas da nova codificação, o que não seria possível com reformas pontuais na legislação esparsa já em vigor. Assim como ocorreu com o código civil em 2002, o direito comercial deve ser refundando tendo suas bases reconstruídas, uma vez que o novo código comercial deverá ser o prisma deste novo espírito, para que emane seus “reflexos” (TARTUCE *et al*, 2017) para a legislação extravagante da matéria, com fulcro de evitar futuras confusões nas aplicações em sede judicial.

O legislador infraconstitucional incluiu no corpo do código civil a matéria relativa à títulos de crédito, com a tentativa de unificar as obrigações decorrentes da matéria comercial, assim como aconteceu com os contratos empresariais. Tullio Ascarelli dá os ensejos iniciais sobre a discussão da dicotomia do direito privado:

O desenvolvimento mercantil escapa dos esquemas tradicionais, solenes e ricos em elementos lúdicos, como os que encontramos numa agricultura tradicional e patriarcal; não exige somente uma liberdade de eleição para contratar ou deixar de fazê-lo ou para concluir um ou outro contrato, como também liberdade de iniciativa para perfilar o contrato. De aí, no mesmo direito romano-comum (pois as exigências da mesma vida cidadã se deixam sentir em todo o direito, todavia com diversa intensidade) o desenvolvimento da doutrina dos contratos; a atenuação dos requisitos formais e a exigência dos requisitos da causa [...] O desenvolvimento da vida mercantil faz sempre mais freqüentes os contratos obrigatórios sobre mercadorias ausentes, indicadas genericamente e não especificadas; aquisições destinadas a futuras revendas com a natural formação de um mercado especulativo; e com mais enérgicas exigências de rápida tutela no caso de não cumprimento (ASCARELLI, 2007, p.53/54).

O objetivo da lei 10.406/02 foi dar previsão aos títulos de crédito no código civil, todavia, como diz Wille Duarte Costa:

Para tranquilizar aqueles estudiosos dos títulos de crédito, que se assustaram com a notícia de que a *unificação viria fazer com que o Direito Civil absorvesse o Direito Comercial, podemos dizer que a comissão elaboradora do Código não atingiu o objetivo que buscava*. Praticamente, nada foi alterado em relação aos títulos de crédito regulados por leis especiais (COSTA *apud* GONÇALVES, 2008, p.1, grifo do autor).

A questão a ser debatida é a real necessidade da unificação, em nosso ordenamento jurídico. O movimento da comissão de elaboração do código civil de 2002, utilizou-se de técnica legislativa artificial tentando atingir objetivo inócuo, uma vez que a legislação cambiária já estabelece as regras gerais de aplicação da matéria, sendo desnecessária a previsão em nosso *corpus juris civilis*.

Esse é mais um argumento no sentido de que a unificação das obrigações previstas no CC/02, inspirado no código civil italiano, foi um erro. Os professores Fábio Ulhoa Coelho e Ives Gandra Martins afirmam que:

A chamada unificação legislativa do direito das obrigações, feita pelo Código Civil de 2002, foi um grande erro. Não tem sentido se submeterem ao mesmo regime jurídico contratos empresariais e civis, em vista da enorme diferença no grau de complexidade de cada espécie. E necessário corrigir, com urgência, este erro.

A difusão, no meio jurídico, da impossibilidade de unificação dos regimes jurídicos de realidades econômicas tão díspares, a rigor, depende da edição de um novo Código Comercial. A mudança por meio de um conjunto

de leis não consegue produzir o mesmo impacto. Aliás, a simples apresentação de projetos de novo Código Comercial já foi suficiente para deflagrar o movimento de mudança das mentalidades dos profissionais jurídicos (COELHO; MARTINS, 2018, p.1).

São os principais argumentos que motivam a edição do novo código comercial: a valorização dos princípios próprios do direito comercial e a retificação do erro da adoção da unificação das obrigações civis e comerciais. No entanto, ainda merecem destaque dois pontos controvertidos: um entre o direito comercial e o direito processual civil e o outro entre a teoria geral dos contratos e os contratos empresariais.

Não existem apenas equívocos no direito material, mas também em regras de ordem processual. Segundo o professor Fábio Ulhoa Coelho: “A lei processual deve estar plenamente harmonizada com a lei material. Todos concordam que se houver incompatibilidade entre elas, isto só geraria confusão e insegurança jurídica (COELHO, 2016, p.1).”

Destaca Cássio Scarpinella Bueno acerca do direito processual societário:

A exemplo das demais “subdivisões” do direito processual civil, o que leva a doutrina a propor a existência de um “direito processual societário”, pelo menos para fins didáticos, são as vicissitudes das normas jurídicas que regem o direito societário que, quando transpostas para o plano do processo civil, ensejam questões de difícil resolução, pondo à prova as premissas mais amplas do pensamento contemporâneo do estudo do direito processual civil, em especial, as relativas à “instrumentalidade do processo” (BUENO, 2014, p.75)

Em um olhar específico, dá-se destaque a chamada dissolução parcial de sociedade, atualmente prevista nos artigos 599 a 609 do CPC/15. Destaca André Luiz Santa Cruz Ramos em regime geral que:

O procedimento da ação de dissolução judicial da sociedade era previsto no antigo Código de Processo Civil de 1939, em seus arts. 655 a 674, que continuaram em vigor por força do disposto no art. 1.218, VII, do Código de Processo Civil de 1973. O prazo de contestação era de 48 horas, nos casos de dissolução de pleno direito, ou de 5 (cinco) dias, nos casos de dissolução contenciosa (agora, com o novo CPC, a **dissolução total seguirá o procedimento comum**; por outro lado, previu-se um **procedimento especial para a ação de dissolução parcial** de sociedade (RAMOS, 2018, p.487, grifo do autor).

A principal incompatibilidade entre as previsões da lei 13.105/15 e o PL 487/13 é a referente a liquidação de quotas. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

O CPC/15 disciplina a ação de dissolução de sociedade (arts. 599 a 609), tomando por pressuposto a vigência das regras sobre resolução da sociedade constantes do CC (arts. 1.028 a 1.032).

Como o projeto prevê a mudança substancial das regras sobre a liquidação da quota e apuração de haveres (artigos 166 a 185), se não se proceder às alterações correspondentes no CPC/15, sobrevirão sérias e indesejáveis discrepâncias entre as disposições materiais e processuais atinentes ao mesmo tema (COELHO, 2016, p.1).

A segunda incompatibilidade posta além dos dois objetivos gerais do novo código, está na aplicação da teoria da imprevisão nos contratos mercantis. Define André Luiz Santa Cruz Ramos o instituto:

[...] segundo a qual **os direitos e deveres assumidos em determinado contrato podem ser revisados se houver uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram a constituição do vínculo contratual**. Ocorrendo tal alteração, pode acontecer de o cumprimento das obrigações contratuais assumidas se tornar demasiadamente oneroso para uma das partes, o que rompe o equilíbrio contratual e autoriza a revisão do contrato. Em síntese, pois, a cláusula *rebus sic stantibus* determina que a obrigatoriedade do contrato só deverá ser observada se as condições existentes no momento da celebração da avença se mantiverem inalteradas ou, pelo menos, sofrerem alterações que não afetem o equilíbrio contratual (RAMOS, 2018, p.661, grifo do autor).

Não obstante, em visão crítica, alega o autor:

No âmbito dos contratos empresariais, é temerário admitir a rescisão ou a revisão de contratos com base na onerosidade excessiva, ainda que esta seja decorrente de situações extraordinárias e imprevisíveis. Trata-se de uma regra que não pode ser aplicada indistintamente a contratos cíveis, contratos de consumo e contratos empresariais. Nas duas primeiras espécies de contrato, pode-se até aceitar a aplicação da teoria da imprevisão, mas nos contratos empresariais ela deve ser rechaçada (RAMOS, 2017, p.662).

O STJ possui posições divergentes sobre a matéria, contudo, tem prevalecido a tese da inaplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos mercantis:

Recurso especial. Direito civil e processual civil. Locação de espaço em shopping center. Ação de despejo por falta de pagamento. Aplicação do art. 54 da Lei de Locações. Cobrança em dobro do aluguel no mês de dezembro. Concreção do princípio da autonomia privada. **Necessidade de respeito aos princípios da obrigatoriedade (“pacta sunt servanda”) e da relatividade dos contratos (“inter alios acta”)**. **Manutenção das cláusulas contratuais livremente pactuadas.**

Recurso especial provido.

1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro.

2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.

4. Recurso especial provido (SANSEVERINO, Paulo de Tarso, Ministro Relator, Resp 1.409.849/PR, STJ, grifo nosso).

A professora Paula Andrea Forgioni, ao analisar a interpretação dos negócios empresariais na vigência do código civil, faz considerações importantes acerca do erro no sistema do direito comercial:

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados por agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva [...] Note-se, entretanto, que o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os “erros” eventualmente praticados (FORGIONI, 2003, p.15/16).

O chamado princípio da vinculação plena, tem relação com a vinculação das partes com as obrigações contratuais, ligada a ideia de *pacta sunt servanda*, onde o contrato faz lei privada entre as partes (VENOSA *et al*, 2011). A vinculação traz as partes o dever de seguir com o disposto no contrato enquanto este tiver em vigor e não for alterado.

A teoria da imprevisão é a exceção ao princípio da vinculação dos contratos, trazendo a presunção relativa deste. Em contrário senso, os contratos mercantis devem ser interpretados pela vinculação plena, sendo as partes tidas como simétricas nas relações, como exposto no art.480-B do CC/02: “Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar alocação de riscos por eles definida”. Não obstante, isso não se confunde com a extinção do contrato por fatos imprevisíveis supervenientes.

A redação do novo código comercial parece acolher as duas teorias. Conforme o art.422 do PL 487/13:

Art. 422. As obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, quando cumulativamente:

I – classificarem-se como de execução continuada ou diferida;

II – verificar-se a superveniência de fatos imprevisíveis e extraordinários;

III – demonstrar-se que não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa;

IV – seu cumprimento implicar onerosidade excessiva para uma parte com vantagem excepcional da outra.

O arts.423 a 426 do NCCOM, por sua vez, mitigam o dirigismo contratual ao preverem que:

Art. 423. A revisão judicial de obrigação empresarial não pode privá-la totalmente de eficácia, nem importar sua completa extinção.

Art. 424. A revisão judicial de qualquer cláusula do contrato empresarial não cabe se a parte que a pleiteia poderia ter se protegido contratualmente das consequências econômicas de sua declaração, mediante a diligência normal que se espera dos empresários.

Art. 425. Nenhum empresário tem direito à revisão do contrato empresarial sob a alegação de não ter conferido as informações sobre o objeto prestadas pelo outro contratante durante as tratativas, salvo se a conferência não poderia ter sido feita em razão de segredo de empresa e for falsa a informação prestada.

Art. 426. As partes podem contratar margem razoável de perda para a hipótese de quebra da base do contrato, com desequilíbrio contratual motivado por álea extraordinária.

Os artigos contêm forte restrição à revisão de cláusulas contratuais pelo poder judiciário. Há uma conexão entre os princípios da livre iniciativa e livre concorrência com a revisão dos contratos empresariais pelos magistrados. Conforme André Luiz Santa Cruz Ramos:

Ademais, em homenagem aos princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada (princípios constitucionais que sustentam o direito empresarial, conforme visto no capítulo 1), os empresários devem ter total liberdade para realizar negócios – desde que lícitos, obviamente –, bem como assumir os riscos de contratações malfeitas. A regra de ouro do livre mercado é a seguinte: o empresário que acerta, ganha; o empresário que erra, perde. Portanto, a intervenção estatal prévia (dirigismo contratual) ou posterior (revisão judicial) nos contratos empresariais deturpa a lógica natural do livre mercado, cria risco moral e traz insegurança jurídica para as relações interempresariais (RAMOS, 2018, p.655).

Na atual codificação há norma recente neste sentido, ao dispor sobre a interferência mínima do Estado nas relações contratuais, por qualquer dos poderes, inclusive o judiciário. Dispõe assim o parágrafo único do art.421 do CC/02: “Nas

relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional”.

A vertente hermenêutica da não intervenção foi positivada, sendo esta, portanto, a regra interpretativa.

5 DO PL 487/13 E O DIREITO SOCIETÁRIO - ALGUNS DOS AVANÇOS

A doutrina comercialista, principalmente a mais conservadora, sempre teve como alvo de críticas o direito societário na vigência do código civil de 2002, afirma André Luiz Santa Cruz Ramos, para ilustrar todo o cenário utilizando-se do exemplo das sociedades limitadas, que: “c) a sociedade limitada, antes submetida a um flexível e enxuto arcabouço normativo, tornou-se uma figura societária burocrática e engessada” (RAMOS, 2018, p.60).

A definição do autor é o cerne do problema que atinge todo o direito societário, e que serão atualizados e/ou revistos com a nova codificação. Destacam-se seis: a) emissão de debêntures por sociedades limitadas; b) alterações no paradigma interpretativo da desconsideração da personalidade jurídica; c) modificações na titularidade da EIRELI; d) da subsidiariedade das normas das sociedades anônimas nas sociedades limitadas; e) natureza jurídica do empresário individual; f) definição do conceito de empresário informal e seu tratamento jurídico.

A primeira das questões é a emissão de debêntures por sociedades limitadas. Define Fábio Ulhoa Coelho, ao citar a clássica doutrina comercialista, que:

A doutrina, ressaltando tratar-se a emissão de debêntures de uma operação de empréstimo, costuma apresentá-la como parcelas de um contrato de mútuo, em que a sociedade anônima emissora é a mutuária e os debenturistas os mutuantes (FERREIRA; MARTINS *apud* COELHO, 2016, p.154).

Dois argumentos sustentam a possibilidade de emissão destes valores mobiliários: um de ordem estritamente jurídica e outro de ordem econômica. O art. 1.053 do CC/02 determina que caso haja expressa previsão no contrato social, aplicar-se-ão supletivamente as regras das sociedades anônimas às sociedades limitadas. Para alguns, a aplicação supletiva da lei das S/A (lei 6.404/76) seria suficiente para dar base a emissão das debêntures por sociedades limitadas (AMARAL *et al*, 2014) por outro lado, André Luiz Santa Cruz Ramos, afirma que:

Há certas regras da Lei das S/A, todavia, que não podem ser aplicadas supletivamente às sociedades limitadas, porque se referem a matérias que são típicas das sociedades anônimas, sendo, pois, incompatíveis com o regime contratual das limitadas, como, por exemplo, a emissão de debêntures, a abertura do capital etc. (RAMOS, 2018, p.339).

O segundo argumento faz alusão ao maior poder de colher ativos no mercado por parte da sociedade limitada, ampliando suas possibilidades, para além das simples operações com suas quotas.

A atividade empresarial é fator fundamental na existência do mercado e carrega uma proteção legal. O intuito é possibilitar, através de uma quebra de regulação, que o tipo societário mais comum no país possa abranger as suas possibilidades de investimento, já que este fator é algo que favorece a lógica da boa concorrência. Com o poderio econômico majorado, a “empresa” poderá aumentar sua produção, atingir novos consumidores e até mesmo fazer com que os preços abaiquem, em vista de melhorar as opções de compra oferecidas ao consumidor (RAMOS *et al*, 2018).

As debêntures são espécie de valor mobiliário que se dedicam à captação de recursos de forma rápida e, em geral, para confecção de projetos das sociedades por ações. Define Fábio Ulhoa Coelho a operação com as debêntures:

Cada investidor, ao subscrever esse valor mobiliário e pagar à sociedade emissora o preço correspondente, está como que emprestando dinheiro a ela. No vencimento das debêntures, a companhia pagará o devido ao debenturista, como que devolvendo o dinheiro emprestado (COELHO, 2016, p.154).

Em tese, não se justificaria a opção da simples proibição da emissão de debêntures por sociedades limitadas pela lei. Dada a difícil possibilidade de investimento no país em crise econômica, não é razoável que se limite uma sociedade empresária, qualquer que seja, de se valer de um mecanismo que pode auxiliá-la no exercício de sua atividade.

Deve-se tomar cuidado, contudo, com a observação de que a sociedade limitada emissora deverá ter porte para emitir esses valores, em conjunto com a autorização da CVM.

A chamada sociedade simples limitada não passaria a emitir debêntures, sob pena de se retirar a natureza jurídica do instituto. A flexibilização deve ter limites, uma vez que toda a sociedade anônima é obrigatoriamente empresária nos termos do art.982, parágrafo único, do CC/02: “Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.

Se o objetivo é buscar a “comercialidade” das sociedades limitadas, deve-se tratá-las sempre como empresárias e buscar adequá-las ao máximo à liberdade de mercado, desburocratizando-as (RAMOS *et al*, 2018).

Alguns detalhes dentro da desconsideração da personalidade jurídica configuram equívocos. O CDC em seu art. 28 define que:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Mais especificamente o parágrafo 5º do mesmo artigo: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Os requisitos para a aparição da desconsideração da personalidade jurídica estão atualmente estabelecidos no art.50 do CC/02, sendo a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade. Logo, sendo reconhecido ambos, poderá o juiz, percebendo a má-fé do sócio fraudador, anular o negócio jurídico simulado e atacar diretamente seu patrimônio.

Nos termos do art. 134 §3º do CPC/15: “a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica suspenderá o processo, salvo hipótese do §2º”. Todavia, o CDC ultrapassa o limite do razoável ao prever mais requisitos que vão além da má-fé. O princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica ainda é a regra no direito comercial e mais do que nunca sua reestruturação é necessária. O STJ em sede do Resp 279.273/SP decidiu que:

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.[...] A aplicação da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (PERGENDLER, Ari, Ministro Relator, Resp. 279.273/SP, STJ) .

Esse ponto de vista adotado pela corte responsável pela interpretação da lei federal talvez esteja equivocado. Investir, obrigatoriamente leva ao risco, ou seja, o responsável pela atividade empresarial conta com despesas fixas e previsíveis para montar seus lucros e acredita que a limitação da responsabilidade é um destes elementos que o traz segurança (COELHO *et al*, 2016). Obviamente, comprovada a má-fé os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica deverão incidir. Contudo, não é pacífico admitir a incidência da teoria menor onde basta, conforme Santa Cruz Ramos: “[...] que admitem a desconsideração quando há o mero prejuízo do credor, ou seja, a simples insolvência da pessoa jurídica (art. 28, § 5.º, do CDC, e art. 4.º da Lei 9.605/1998)” (RAMOS, 2018, p.516).

Se a insolvência da pessoa jurídica faz com que incida o ataque ao patrimônio dos sócios, por simples óbice ao crédito imediato do consumidor, a atividade empresarial correrá risco, já que o empreendedor jamais arriscará um alto investimento, se o seu próprio patrimônio pode estar em risco. Ao nosso ver, a extrema regulação sufoca e faz com que nasçam impropriedades dentro do mercado, dificultando a atividades de seus *players*. Existe enunciado n° 9 da I Jornada de Direito Comercial ao qual diz: “Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5.º, do CDC ou ao art. 2.º, § 2.º, da CLT”.

O art. 50 do CC/02 deve ser o único parâmetro de direito material para a incidência da desconsideração da personalidade jurídica. Caso, o consumidor seja prejudicado no não recebimento de seu crédito, poderá ajuizar ação de decretação de falência e requerer sua vaga no quadro geral de credores que será estabelecido ao longo do processo judicial. O risco de perda do negócio que atingirá milhares de pessoas que eventualmente gostem daquele produto, justifica a não relativização do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, salvo a má-fé de sócio. Se a pessoa jurídica é autônoma para o pagamento de tributos, por exemplo, não faz sentido não ser autônoma (*lato sensu*) no pagamento de eventuais créditos ao consumidor.

O terceiro ponto a ser discutido é a regulação da EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada). A EIRELI foi uma opção do legislador inserida no CC/02 pela lei 12.441/11, igualmente inserido no rol das pessoas jurídicas de direito

privado. A insistência do legislador em não admitir a sociedade unipessoal limitada, vem prejudicando o ambiente de negócios do país. A EIRELI tem dois grandes defeitos.

O primeiro configura-se no fato da exigência mínima para se constituir este modelo de pessoa jurídica de direito privado é ter em seu capital social pelo menos o valor de cem vezes o salário mínimo vigente no país. Trata-se de artigo inconstitucional. Exigir capital mínimo é um contrassenso, excluindo pequenos empresários que atuam como empresários individuais com responsabilidade ilimitada frente às obrigações sociais ou sócios de sociedades limitadas que possuem apenas um por cento das quotas representativas do capital social. Se a limitação de responsabilidade para com aquele que age sozinho, exercendo a atividade empresarial era o objetivo da criação da EIRELI, não existe razão para se excluir o pequeno empresário que é aquele que verdadeiramente precisa de proteção.

Qualquer empreendedor que tenha em seu capital social R\$ 99.800,00, em geral, tem diversas possibilidades para o exercício da atividade empresarial, mas o pequeno empresário, graças a sua baixa lucratividade, é aquele que se torna refém, em algumas situações, de uma relação societária predatória, não podendo se esquivar, uma vez que o risco seria muito alto ao seu patrimônio pessoal.

A redação do NCCOM não prevê um capital social mínimo para a constituição da EIRELI. O art.53 do NCCOM apenas diz que:

Art. 53. A empresa individual de responsabilidade limitada será exercida:

I – pelo empresário individual em regime fiduciário; ou

II – pela sociedade limitada unipessoal.

A segunda é a possibilidade de estar claro, em lei federal, da possibilidade da constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Não há impossibilidade de ocorrer na realidade societária atual, já que o art.980-A, §7º, do CC/02:

Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude.

Analisando-se a redação do dispositivo, percebe-se uma omissão quanto a espécie de pessoa que poderia figurar como titular da EIRELI, já que nesse caso, poderia figurar uma pessoa física ou jurídica. Há um salto de segurança jurídica para investidores de maior risco colocarem ativos em empresas no país.

Com a atual codificação, através do parágrafo único do art.1.052: “A sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas, hipótese em que se aplicarão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”, foi instituída a sociedade unipessoal limitada que até mesmo poderá ser titular de uma EIRELI.

A sociedade unipessoal limitada vem quebrar, de certa forma, os privilégios de determinadas sociedades empresárias mais abastadas. O sócio de pequeno empreendimento poderá, sem dúvida, desvincular-se de relações societárias onde sofre com a tirania do sócio majoritário (controlador), ficando sem voz no exercício da atividade empresarial. Ao mesmo tempo o titular da sociedade unipessoal poderá gozar da limitação da responsabilidade e não necessitará de determinado capital social mínimo.

Uma discussão que fica a margem da sociedade unipessoal e EIRELI é a subcapitalização das sociedades empresárias e demais tipos societários. É importante ressaltar que alguns doutrinadores, inclusive, entendem que este é um requisito para a admissão da desconsideração da personalidade jurídica. A subcapitalização se caracteriza pela incongruência entre o capital social integralizado pela sociedade e o objeto da atividade empresarial. Afirma André Luiz Santa Cruz Ramos:

Assim, tendo-se em vista que a legislação exige uma congruência entre o capital social e o objeto social, os sócios possuem a obrigação de capitalizar adequadamente a sociedade, sob pena de perderem o privilégio da limitação de responsabilidade. Portanto, quando há, por exemplo, uma clara desproporção entre o volume de negócios de uma empresa e o seu capital social, pode-se dizer que há uma **subcapitalização substancial**, e isso pode ser usado como fundamento para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (RAMOS, 2018, p.534, grifo do autor).

O quarto ponto refere-se a subsidiariedade das normas das sociedades anônimas fechadas frente as sociedades limitadas. A atual codificação prevê, conforme dito anteriormente, a regência supletiva da norma das sociedades simples

nas sociedades limitadas. As sociedades limitadas necessitam ter sua “comercialidade” recuperada, neste sentido, prever a regência supletiva das sociedades anônimas é de certa forma, dar as sociedades limitadas a possibilidade de ter operações e serem julgadas, dentro do possível, como se anônimas fossem. O leque de possibilidades aumenta já que as sociedades limitadas poderiam ter maior acesso ao dinheiro, criando inclusive, em analogia às ações, quotas diferenciadas, tal como quotas ordinárias e preferenciais. Assim entende prevê o art.303 do NCCOM: “A sociedade limitada rege-se pelas normas das sociedades por quotas e, nas omissões destas e do contrato social, pelas aplicáveis à sociedade anônima fechada”.

O quinto ponto altera a interpretação pela qual se dá a natureza jurídica da atividade do empresário individual. Ao longo dos anos interpretou-se que o empresário individual exercia sua atividade como pessoa natural, tendo responsabilidade ilimitada e primária perante as obrigações advindas do exercício da empresa. Não obstante, o PL 487/13 determina que o exercício da atividade do empresário individual pode se dar em regime fiduciário. Define assim o art.67 do PL 487/13:

Art. 67. A inscrição do empresário individual faz-se mediante arquivamento de requerimento que contenha:

I – o nome, nacionalidade, domicílio e estado civil;

II – o nome empresarial;

III – a atividade principal e a sede da empresa;

IV – declaração de exercício da empresa em regime fiduciário, se for o caso;

V – a assinatura do requerente.

A nova codificação também dá poder ao magistrado para determinar que caso o incapaz exerça a atividade empresarial, esta possa ser guiada pelo regime fiduciário, a fim de preservar a empresa. Assim prevê o art.71 do NCCOM:

Art. 71. O incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, pode continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º. Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la.

§ 2º. A autorização pode ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos de terceiros.

§ 3º. O juiz pode determinar que a exploração da empresa seja feita em regime fiduciário.

§ 4º. Mesmo não sendo a exploração feita em regime fiduciário, não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela e constantes do alvará que conceder a autorização.

A propriedade fiduciária é definida como:

[...] Podendo qualquer pessoa ser um financiador, possibilita que a garantia de uma relação obrigacional se de através da transferência cautelar. Nele um devedor transfere propriedade de um bem para o credor, sendo que o futuro pagamento do empréstimo base restituirá a propriedade para o devedor.

Esta forma de propriedade apresenta, segundo FARIAS E ROSENVALD, quatro fenômenos que lhe são patentes: a) o desdobramento da posse; b) a clausula *constituti*, c) propriedade resolúvel; d) afetação.

a) Desdobramento da posse — como haverá a entrega do bem ao credor, mantendo o devedor

o poder imediato sobre ela. Assim, ao credor cabe a posse indireta e ao devedor, a direta.

b) Clausula Constituti - isto se dá porque o que era proprietário, em razão desta clausula, se converterá, mediante constituto possessório, em possuidor direto.

c) Resolubilidade - a propriedade do credor e resolúvel, vez que o termo ou condição de extinção acompanha o título atributivo.

d) Afetação - o bem passa a uma condição de afetação, não sendo penhorável pelos credores do devedor ou do credor (no melhor sentido que lhe atribui o Enunciado 325 da C/JF) (FARIAS; ROSENVALD *apud* FARIAS *et al*, 2017, p.1134).

A exploração da atividade empresarial na modalidade fiduciária traz maior segurança às pessoas naturais que optam por essa possibilidade. A ideia consiste em proteger o empresário individual onde este não tenha, em caso de falência, o envolvimento de seu patrimônio pessoal no procedimento concursal. Não obstante, o arts.81 e 82 do NCCOM definem que:

Art. 81. Decorre da declaração de exercício da empresa em regime fiduciário a constituição de patrimônio separado, com os ativos e passivos relacionados diretamente à atividade empresarial.

Art. 82. Ao patrimônio separado pode o empresário individual transferir dinheiro, crédito de que seja titular ou bem de seu patrimônio geral, a título de “capital investido” na empresa.

A codificação também previu a possibilidade de transferência do patrimônio da pessoa natural para a atividade empresarial. A referida regra parece inspirar-se

no art.1.024 do CC/02 cuja redação é: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. O instituto utilizado aqui é o patrimônio de afetação. O empresário individual, necessariamente, ao responder por uma obrigação oriunda de sua atividade, quando explorada no regime fiduciário, só poderá fazê-lo pelo patrimônio dado em separado pelo executado-empresário, conforme o art.85 do NCCOM.

Art. 85. Na execução judicial contra o empresário individual que explora a empresa em regime fiduciário, em se tratando de obrigação relacionada à atividade empresarial, só podem ser penhorados e expropriados os bens do patrimônio separado.

A regra parece desejável, pois traz maior segurança jurídica ao empresário individual que, em regra, se encaixa nos conceitos legais de microempresário e empresário de pequeno porte. Preveem os art. 3º, I e II, da LC 123/06:

Art.3º: Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Destacam-se os arts.83 e 84 do NCCOM:

Art. 83. O empresário individual que explora a empresa em regime fiduciário é obrigado ao levantamento de demonstrações contábeis anuais, em cujo balanço patrimonial devem ser relacionados unicamente os elementos do patrimônio separado.

Parágrafo único. Para o regime fiduciário produzir efeitos perante terceiros, o empresário deve arquivar no Registro Público de Empresas:

I – balanço inicial, assinado por ele e pelo profissional contábil habilitado que o tiver elaborado; e

II – as demonstrações contábeis a que está obrigado.

Art. 84. O resultado líquido da atividade empresarial, apurado anualmente, pode ser, no todo ou em parte, transferido pelo empresário ao patrimônio geral, segundo o apropriado na demonstração de resultado do exercício.

Parágrafo único. Podem ser feitas antecipações em periodicidade inferior à anual, demonstradas em balancete de resultado levantado na data da transferência e arquivado no Registro Público de Empresas.

Os artigos em questão reforçam a força probatória dos livros mercantis e a importância da escrituração empresarial. Os efeitos da opção pelo regime fiduciário apenas surgirão se registrados perante o registro público de empresas: o balanço inicial e as demais operações contábeis cuja obrigação é imposta por lei. O sentido dessas normas parece bastante claro: ainda que a regra privilegie a maior segurança jurídica do empresário individual, os terceiros que com ele contratar devem estar cientes de sua condição jurídica e da maior dificuldade que terá em receber eventual crédito falimentar ou execução com base em título executivo extrajudicial.

O projeto da nova codificação não dispõe sobre a irresponsabilidade geral do empresário individual perante suas obrigações sociais. As normas apenas visam a correção da regra atual do código Reale, com o objetivo claro de valorizar a estabilidade dos negócios jurídicos firmados pelo empresário, não trazendo o patrimônio da pessoa natural à baila.

O sexto ponto revoluciona o entendimento de um fenômeno extremamente comum no século XXI: a massificação da economia informal (GONZALEZ *et al*, 2017). O código civil de 2002 limitou-se a regular apenas a sociedade em comum, aplicando-se regras pouco protetivas a essa modalidade de exploração da atividade empresarial, como se vê em seu art.990: “Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

A regra estabelece que os sócios de sociedade não registrada ou até mesmo o empresário individual não registrado na junta comercial competente, terão de responder ilimitadamente frente suas obrigações, sem qualquer resguardo, apenas podendo indicar bens que primeiramente irão à penhora em futura execução.

Além da previsão da possibilidade do exercício em regime fiduciário, o NCCOM estabelece uma série de limites ao empresário individual informal, como se verifica nas disposições a seguir:

Art. 68. Empresário individual informal é o que explora atividade empresarial sem que se encontre regularmente inscrito no Registro Público de Empresas.

Parágrafo único. O Poder Público desenvolverá políticas visando estimular a formalização do empresário informal.

Art. 69. Além de outros impedimentos e sanções derivados da falta de inscrição no Registro Público de Empresas, o empresário individual informal não pode:

I – requerer a falência de outro empresário;

II – requerer a recuperação judicial ou a homologação judicial de recuperação extrajudicial;

III – autenticar seus livros e documentos no Registro Público de Empresas.

A regulação é importante, ainda que em poucos dispositivos, para delimitar os limites das obrigações e deveres do empresário informal, sem diminuir sua importância no contexto da economia informal. Destaca-se que o que torna a atividade em atividade mercantil é a circulação de serviços ou o fornecimento de produtos no mercado de consumo (art.966 do CC/02) e não o registro, não fazendo sentido a omissão de vários anos da codificação atual em não fazer menção ao empresário informal que merece a tutela protetiva no atual cenário econômico e jurídico do país, dado o seu diferencial na economia. Conforme artigo publicado pela jornalista Márcia de Chiara vê-se que:

Hoje a participação da informalidade equivale a 16,9% do PIB, quase um ponto porcentual a mais em relação a 2014 – ano em que o Brasil vinha de um período de forte crescimento e a economia informal estava em seu menor nível (16,1% do PIB).

Em quatro anos, a economia subterrânea aumentou o seu peso relativo no PIB em R\$ 55 bilhões, calcula o economista Fernando de Holanda Barbosa Filho, pesquisador do Ibre/FGV e responsável pelo indicador. Ele explica que, num primeiro momento, a crise foi tão forte que derrubou tanto a economia formal quanto a informal. Mas, pelo fato de a economia informal ser mais flexível, ela reagiu mais rapidamente. “No ano passado, quando iniciamos a recuperação, o primeiro a retomar foi o emprego informal porque é a parte mais flexível e isso explica o aumento que tivemos na economia subterrânea”, diz. (CHIARA, 2018, p.1).

Dos dispositivos anteriormente citados, dois merecem destaque: a impossibilidade do requerimento pelo empresário informal de decretação de falência e requerimento de homologação de plano de recuperação judicial e extrajudicial respectivamente, e a necessidade de o poder público encontrar soluções para sua situação de irregularidade.

O direito comercial é o ramo jurídico que mais deve preservar a segurança e a previsibilidade na aplicação de seus regramentos (FORGIONI *et al*, 2018). É de bom tom que todas as atividades empresárias possuam registro por uma questão de publicidade, para saber com quem se está contratando e por questões de segurança do Estado brasileiro por conhecer das operações mercantis e de seu controle de legalidade. Por essa razão, o registro dos atos constitutivos continuará sendo a regra no direito comercial brasileiro, levando eficácia aos negócios perante terceiros. Por outro lado, não é correto ignorar toda uma realidade dos empresários informais no país, deixando-os à margem da regulação em um código.

Pelo olhar da segurança jurídica, não é correto dizer que qualquer um possa requerer falência de outrem. Define o art.97, §1º, da lei 11.101/05:

Art. 97. Podem requerer a falência do devedor:

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor.

§ 1º-O credor empresário apresentará certidão do Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades.

Percebe-se que o art.69, I, do PL 487/13 é compatível com a lei de falência e recuperação judicial brasileira ao prever que de nenhuma forma o empresário informal poderá requerer a falência de terceiro. Mostrando assim, que há coerência entre o centro do sistema jurídico-comercial (NCCOM) e a legislação esparsa (LFRE). Não seria coerente, dentro de um sistema que privilegia o registro da atividade empresarial, que alguém que se afasta desta realidade possa gozar do mesmo direito que o empresário que cumpre com suas obrigações postas pelo Estado (fiscais e registrais).

Isso não obsta a falência do empresário informal, questão já incontrovertida na doutrina comercialista. Marlon Tomazette pontua da seguinte forma:

Os empresários irregulares são aqueles que não cumprem suas obrigações decorrentes do regime jurídico empresarial, especialmente o registro na junta comercial. Assim, são irregulares os empresários individuais e as

sociedades empresárias não registradas (sociedades em comum). Da mesma forma, são irregulares aqueles empresários que são impedidos de exercer a atividade empresarial (servidores públicos federais, membros da magistratura e do ministério público, militares da ativa e falidos), mas mesmo assim o fazem.

Apesar da irregularidade, eles se inserem no conceito de empresário e, por isso, a eles se aplica a Lei no 11.101/2005, uma vez que o artigo 1º da referida Lei não exige o exercício regular da atividade para a sua incidência.

Todavia, tal afirmação não é totalmente correta, porquanto para a recuperação judicial e para a recuperação extrajudicial um dos requisitos é o exercício regular da atividade há pelo menos 2 anos (Lei no 11.101/2005 – art.48). Logo, não há como cogitar de aplicação da recuperação de empresas aos empresários irregulares.

No que tange à falência, efetivamente não se exige a regularidade e, por isso, os empresários irregulares estão sujeitos à falência. Em tais situações, é possível até a autofalência, porquanto a lei exigiria apenas um devedor em crise que não cumpre as condições para a recuperação judicial. Ademais, quando a lei exige a prova da condição de empresário para autofalência, ela requer a juntada de “contrato social ou estatuto em vigor ou, se não houver, a indicação de todos os sócios, seus endereços e a relação de seus bens pessoais” (Lei no 11.101/2005 –art. 105, IV). Ora, se a própria Lei admite expressamente a ausência de contrato social em uma sociedade que requer autofalência, está admitindo o pedido de autofalência por empresários irregulares (PENTEADO; FRANCO *apud* TOMAZETTE, 2017, p.57).

A segunda observação a ser feita é a obrigação que a nova codificação impõe ao poder público de incentivar a formalização dos empresários irregulares ou informais. Trata-se de norma de caráter mandamental para edição de normas jurídicas que facilitem a entrada dos agentes econômicos à economia formal. Isso já acontece com a criação da figura do MEI e do regime do simples nacional.

A nova codificação não quis diferenciar o chamado empresário irregular do informal. Sob a expertise do CC/02 a doutrina comercialista costuma diferenciar, no âmbito das sociedades, estes dois tipos:

Com efeito, a doutrina sempre fez uma **distinção entre a sociedade de fato e a sociedade irregular**, seguindo a proposta de Waldemar Ferreira. Essa distinção preconiza que a sociedade de fato é aquela que não possui instrumento escrito de constituição, ou seja, não possui um contrato social escrito. Por outro lado, a sociedade irregular é aquela que possui um contrato escrito, mas que não está registrado na Junta Comercial, o que enseja a sua irregularidade. Essa distinção, a rigor, nunca teve muita relevância prática, uma vez que o regime jurídico aplicável a ambas era o mesmo.

Diante dessa classificação doutrinária, muitos autores, como afirmamos acima, entendem que a sociedade em comum disciplinada pelo atual Código Civil é, na verdade, apenas uma nova expressão trazida pelo legislador para se referir às sociedades de fato e às sociedades irregulares,

expressões antigas consagradas pela doutrina (RAMOS, 2017, p.334, grifo do autor).

Defende e ilustra o jurista:

Realmente, interpretando com cuidado a regra do art. 986 do Código Civil, não há como negar que a sociedade em comum não corresponde às sociedades de fato ou irregulares, como preconiza boa parte da doutrina. As regras da sociedade em comum, na verdade, aplicam-se às sociedades contratuais que estão se constituindo, ou seja, aplicam-se às suas relações entre o momento real da constituição até o respectivo registro do contrato social. Isso ocorre porque nenhuma sociedade é constituída da noite para o dia. Ao contrário, no Brasil, o trâmite para constituição de uma sociedade é bastante lento, se comparado a outros países (RAMOS, 2018, p.335).

Fábio Ulhoa Coelho destaca esse ponto:

Sociedade irregular (1). Se a sociedade que funciona antes do registro é regular ou irregular, isto é, a lei que diz. No Projeto, optou-se por se restabelecer o mesmo critério adotado pela doutrina, sob a égide do Código Comercial de 1850. Afasta-se, assim, o critério do Código Civil. Afasta-se, igualmente, o pressuposto adotado pelos elaboradores deste diploma ("personalidade segue a existência da sociedade"). No Projeto, a existência e a personalização da sociedade decorrem do registro na Junta Comercial. Parece-me a solução mais adequada (COELHO, 2012, p.1).

Esse é o ponto mais sensível dentre as alterações previstas no NCCOM. Valorizar a atividade do empresário individual, trazendo-lhe segurança, é fundamental, principalmente por ser esta uma forma societária de uso comum entre os agentes de mercado no Brasil, principalmente aqueles ligados a atividades de menor porte e objeto social intrínsecos às necessidades cotidianas da sociedade.

6 CONCLUSÃO

A conclusão que se chega neste trabalho é pela necessidade da edição do NCCOM. Ao longo do primeiro capítulo, estabeleceu-se os contrapontos entre as diferentes linhas ideológicas que inspiram os comercialistas ao interpretar a matéria e definir suas funções. No segundo capítulo, destacou-se a autonomia do direito comercial, assim como a propositura de método para a solução de conflitos judiciais mercantis, ao diferenciar nos princípios e regras jurídicas tendo como prisma a eficiência econômica. No terceiro capítulo, foram compilados os argumentos contrários à edição do NCCOM. No quarto capítulo listaram-se os favoráveis. No quinto capítulo, foram enunciadas algumas modificações específicas do direito societário que virão com o NCCOM.

A eficiência econômica deve ser o baluarte do direito comercial, independentemente da teoria adotada na modernidade, seja a teoria da empresa, seja o aprimoramento da teoria dos atos de comércio (MARTINS *et al*, 2017).

Caso uma nova codificação corrija os vícios que interferem na boa execução da matéria e valorize as bases do sistema capitalista, estaria cumprindo seu papel e regulando de forma consciente as relações mercantis que auxiliam no desenvolvimento da economia nacional.

O direito comercial é o agente regulador das relações interempresariais. A discussão que se põe, contudo, é o limite da intervenção. Conforme destacado ao longo dos capítulos anteriores, a interferência do Estado no domínio econômico é maléfica, já que desvirtua o caminho natural de alocação dos recursos. Quando o Direito se sobrepõe à livre manifestação dos *players* do mercado, há tendência ao *crash*, principalmente, o ligado ao mercado de capitais que preserva maior complexidade.

As sociedades de pessoas também sofrem, ainda que em menor proporção, com os desmandos das entidades estatais, sensivelmente quanto as questões tributárias e administrativas. As sociedades limitadas, por exemplo, não se prejudicam nas discussões diretas do mercado financeiro, já que não negociam ações ou outros valores mobiliários em mercado aberto. Todavia, o reflexo destes,

em via indireta podem atingi-las, já que não há norma proibitiva de compra de ativos por este tipo de pessoa jurídica de direito privado.

Por fim, a ideia de que alterações pontuais serão suficientes para resolver os problemas da matéria (FORGIONI *et al*, 2016) parece ser insuficiente frente aos anos de modificações em sua interpretação. Apenas a nova codificação com valores próprios poderá fazer com que os agentes econômicos voltem a se guiar pelo caminho de maior segurança e previsibilidade nas operações mercantis que farão no território nacional, baseando-se em regras estáveis postas nesta.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/77561/mod_resource/content/1/LMJ.%20Aula%2013%2C%20Texto%201.pdf>. Acesso em 20 de jan.2019.

AMARAL, José Romeu Garcia do. **Ensaio sobre o Regime Jurídico das Debêntures**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Comercial). F.252. Orientador: Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao estudo do direito mercantil**. 1.ed. Sorocaba: editora Minelli, 2007.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de código comercial. *In Revista de direito civil contemporâneo*, volume.1/2014, p.75/95. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/303937607_As_Obrigacoes_Contratuais_Civis_e_Mercantis_e_o_Projeto_de_Codigo_Comercial/download>. Acesso em 18 de fev.2019.

BRASIL. lei 10.406/02 de 11 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2002.

_____. **lei 11.101/05** de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2005.

_____. **lei 8.078/90** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1990.

_____. lei complementar 123/06 de 14 de dezembro de 2006. Institui o **Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**; altera dispositivos das Leis nº8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2006.

_____. lei 13.105/15 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – volume 2, tomo I. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALHEIROS, Renan. Projeto de lei 487/13 de 22 de novembro de 2013. **Reforma o Código Comercial**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 2013.

CARVALHO, Claudia da Costa Bonard. A surreal análise econômica do processo penal – Os direitos fundamentais não têm preço. *In: Abracrim*. Rio de Janeiro, 31 de jul.2017. disponível em: < <https://www.abracrim.adv.br/artigos/a-surreal-analise-economica-do-processo-penal-os-direitos-fundamentais-nao-tem-preco>>. Acesso em 30 de abr.2019.

CHIARA, Márcia de. Informalidade gira uma África do Sul. *In: Estadão*. São Paulo, 02 de dez.2018, economia e negócios. disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,informalidade-gira-uma-africa-do-sul,70002629775>>. Acesso em 12 de abr.2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial** – Direito de empresa, v.2. 20.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Explicando o projeto de código comercial. *In: Migalhas*. São Paulo, 12 de fev.2012, p.2. disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI149780,51045Explicando+o+Projeto+d e+Codigo+Comercial>>. Acesso em 22 de dez.2018.

_____. Contraponto às críticas ao projeto de código comercial. *In: Migalhas*. São Paulo, 25 de jul.2016, p.1, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242840,31047Contraponto+as+criticas +ao+Projeto+de+Codigo+Comercial>>. Acesso em 15 de mar.2019.

COELHO, Fábio Ulhoa; MARTINS, Ives Gandra. O novo Código Comercial, por Ives Gandra Martins e Fábio Ulhoa Coelho. *In: Fecomercio*. São Paulo, 10 de abr.2018, disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/o-novo-codigo-comercial-por-ives-gandra-martins-e-fabio-ulhoa-coelho>>. Acesso em 29 de jan.2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. *In: Instituto de estudos avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo: vol.25, n.72, 2011. disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020>. Acesso em 29 de mar.2019.

COUTINHO, Luciano. Capitalismo, Desigualdade e o Papel do Estado, *In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fábio de (org). Poder Econômico*. Barueri: Manole, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et al.* **Código Civil para concursos**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. Interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *In: Revista de direito mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: vol.130, 2003. disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/341598/mod_resource/content/1/Forgioni%](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/341598/mod_resource/content/1/Forgioni%20-%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20neg%C3%B3cios%20empresariais%20no%20novo%20c%C3%B3digo%20civil%20brasileiro)

2C%20Paula.%20A%20interpretac%CC%A7a%CC%83o%20dos%20nego%CC%81cios%20empresariais.pdf>. Acesso em: 25 de abr.2019.

_____. Direito concorrencial, valoração de sociedades e o novo Código Comercial. São Paulo, *In: canal do contencioso estratégico*, 18 de mar.2019. Entrevista dada a Rodrigo Bella Martinez. disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b_YIHQ4aXw>. Acesso em 02 de abr.2019.

_____. Posicionamento a respeito do projeto do código comercial. São Paulo, *In: blog do direito civil & imobiliário*, 29 de jul.2016. Entrevista dada a Alexandre Junqueira Gomide. disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wCt_PTMBowQ&t=619s>. Acesso em 05 de fev.2019.

_____. A Constituição Federal e os atuais desafios da livre iniciativa. São Paulo, *In: Nota Bene*, 16 de mai.2018. Aula magna realizada no Insper. disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ul2s1seB9H0>>. Acesso em 19 de dez.2018.

_____. Contratos e Obrigações. Brasília, *In: IDP*, 3 de dez.2015, Exposição realizada no I seminário de direito comercial – 2º painel. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fWK1pyT03N0&t=3556s>>. Acesso em: 13 de nov.2018.

GONÇALVES, Fábio Antunes. Novo código civil altera legislação sobre título de crédito. *In: Conjur*. São Paulo: 02 de jul.2008. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-02/codigo_civil_altera_lei_titulo_credito>. Acesso em 29 de abr.2019.

GONZALEZ, Amélia. Economia informal: problema ou parte da solução? *In: g1*. Rio de Janeiro: 25 dez.2017. Nova ética social. disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/blog/nova-etica-social/post/economia-informal-problema-ou-parte-da-solucao.html>>. Acesso em 20 de jan.2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERREIRO, José Tavares. Sessão temática do novo código comercial. Rio de Janeiro, *In: canal IAB TV*, 31 de ago.2012. Exposição realizada no plenário do IAB. disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Fa7_TnDSGP8&t=4214s>. Acesso em 17 de jul.2018.

HAYEK, Frederich A. **Law, legislation and liberty** – a new statement of the liberal principles of justice and political economy. 1st edition. London: Routledge UK II, 2012.

HEGENBERG, Leônidas; HEGENBERG, Flávio E. Novaes. **Argumentar**.1.ed. Rio de Janeiro: e-papers, 2009.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MISES, Ludwing von. **Ação Humana** – Um tratado de economia. 3.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2010.

_____. **Uma crítica ao intervencionismo**. 2.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2010.

_____. **As seis lições**. 7.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2009.

MENESES, Fabricio Cardoso de. Breves comentários sobre a descodificação do direito civil. **Jus Navegandi**. Teresina, 10/2014. disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/32779/breves-comentarios-sobre-a-descodificacao-do-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em 19 de jan.2019.

MURPHY, Robert P. A escola de chicago vs a escola austríaca. *In: Mises.org*. Rio de Janeiro, 26 de jun.2011. disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1024>>. Acesso em 25 de abr.2019.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**.40.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v.1: teoria geral do direito civil. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

_____. **Os fundamentos contra o antitruste**. 1.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROTHBARD, Murray N. **A grande depressão americana**. 1.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do direito comercial**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SILVA, Fernando Melo da. Inerência do risco a qualquer atividade empresarial. *In*: COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes (org). **Princípios do direito comercial**. São Paulo: GEP, 2011.

SOTO, José Huerta. **A escola austríaca**. 2.ed. São Paulo: Mises Brasil, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1.548.587/MG**, voto do ministro relator Faria, Gurgel, primeira turma, Brasília, 10 de ago.2017. disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1664244&num_registro=201501961385&data=20180309&formato=PDF>. Acesso em 17.dez.2018.

_____. **Conflito de competência nº 149.798/PR**, decisão monocrática da ministra relatora Andrighi, Nancy. Brasília, 18 de set.2017. disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501111764/conflito-de-competencia-cc->

149798-pr-2016-0300059-4/decisao-monocratica-501111791>. Acesso em 03 de jan.2019.

_____. **Recurso especial nº 1.592.455/RS**, voto do ministro relator, primeira turma, Gonçalves, Benedito. Brasília, 21 de set.2017. disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/448431005/recurso-especial-resp-1592455-rs-2016-0072183-7>>. Acesso em 09 de dez.2018.

_____. **AgRg no AResp 404.624/SP**, voto do ministro relator Salomão, quarta turma, Luis Felipe, Brasília, 15 de mai.2015. disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25089936/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-404624-sp-2013-0328478-7-stj/relatorio-e-voto-25089938?ref=serp>>. Acesso em 11 de dez.2018

_____. **Recurso especial nº 1.409.849/PR**, voto do ministro relator Sanseverino, Paulo de Tarso, terceira turma, Brasília, 26 de abr.2014. disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340115910/recurso-especial-resp-1409849-pr-2013-0342057-0/inteiro-teor-340115925?ref=juris-tabs>>. Acesso em 12 de dez.2018.

_____. **Recurso especial nº 279.273/SP**, voto do ministro relator Pergendler, Ari, terceira turma, Brasília, 04> de dez.2003. disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=112916&tipo=0&nreg=200000971847&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040329&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 21 de mar.2019.

_____. **Enunciado nº9 da I Jornada de direito comercial**, CJF, Brasília, mar.2013. disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf/>>. Acesso em 12 de abr.2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** – volume único. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário, v.1. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, v.3. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Curso de direito civil**: contratos, v.3. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Projeto de código comercial: não li e não gostei. *In*: **Migalhas**. São Paulo, 17 de mai.2018. disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280219,31047Projetos+de+Codigo+de+Direito+Comercial+nao+li+e+nao+gostei>>. Acesso em 13 de jan.2019.

_____. Os terraplanistas do direito mercantil. *In*: **Migalhas**. São Paulo, 04 de abr.2019. disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI299473,51045-Os+terraplanistas+do+direito+mercantil>>. Acesso em 10 de abr.2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc.; SZTAJN, Raquel. Projeto de código comercial: não lemos e não gostamos. *In*: **Migalhas**. São Paulo, 25 de mai.2018. disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280720,101048-Projetos+de+Codigo+de+Direito+Comercial+nao+lemos+e+nao+gostamos>>. Acesso em 13 de jan.2019.

WALD, Arnoldo. Novo código comercial será importante para o desenvolvimento econômico. *In*: **Conjur**. Opinião. São Paulo, 14 de dez.2018. disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/wald-codigo-comercial-importante-desenvolvimento>>. Acesso em 12 de fev.2019.

YEUNG, Luciana. Medindo os Impactos do PL 1.572 da Câmara dos Deputados, ou do PL 487 do Senado Federal, que propõem o Novo Código Comercial Brasileiro. *In*: **Conjur**. São Paulo, maio/2014. disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cedes.pdf>>. Acesso em 12 de mar.2018.

