

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

CODIFICAÇÃO E NÃO CODIFICAÇÃO: DO PARADIGMA MODERNO AO DIREITO DE
EMPRESA

CURITIBA

2014

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

CODIFICAÇÃO E NÃO CODIFICAÇÃO: DO PARADIGMA MODERNO AO DIREITO DE
EMPRESA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito das Relações Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2014

A472c

Alves, Giovani Ribeiro Rodrigues
Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao
direito de empresa / Giovani Ribeiro Rodrigues Alves; orientador:
Rodrigo Xavier Leonardo. – Curitiba, 2014.
143 f.

Bibliografia: f. 127-143.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito, Curitiba, 2014.

1. Direito - Codificação. 2. Direito comercial. I. Leonardo,
Rodrigo Xavier. II. Título.

CDU 347.7

TERMO DE APROVAÇÃO

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

CODIFICAÇÃO E NÃO CODIFICAÇÃO: DO PARADIGMA MODERNO AO DIREITO DE
EMPRESA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Adriana Espíndola Corrêa
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Paula Andréa Forgioni
Universidade de São Paulo

Curitiba, 27 de março de 2014.

Para minha esposa, Renata, pelo imenso companheirismo e por me transmitir o zelo, a tranquilidade e a paciência necessários para pesquisar e escrever.

Para minha mãe, Marcia, pelas inesquecíveis aulas de direito comercial e pelo permanente incentivo a aprofundar os estudos.

Para meu pai, Carlos Alberto, pelo ensinamento crítico que muito contribuiu para o enfoque empreendido pelo presente trabalho.

Para meus irmãos, Kauan e Giulia, pelo respeito e paciência que tiveram enquanto o irmão esteve pesquisando e escrevendo a dissertação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Rodrigo Xavier Leonardo pela inestimável contribuição para o presente trabalho. Toda a orientação, os ensinamentos e as sugestões que vieram a partir das discussões e das revisões do texto, em muito contribuíram para o aprofundamento da análise e para a organização da dissertação. Agradeço, igualmente, pela orientação bibliográfica e pelo respeito com que trata todas as pessoas, em especial seus alunos.

Aos professores da UFPR, da graduação e da pós-graduação, especialmente ao Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca pelo legado de inestimável apreço ao estudo da História do Direito.

Meus agradecimentos à Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro pelas inúmeras reflexões que me proporcionou a respeito do tema objeto da dissertação. O conhecimento da professora norteia seus alunos e sua produção é orgulho para a Universidade Federal do Paraná e para a Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Agradeço à Professora Doutora Paula A. Forgioni pelo constante aprendizado que me proporciona a cada livro e a cada palestra. Agradeço, em especial, pelos ensinamentos que me transmitiu nos quarenta minutos que separam o Hotel Pestana do Aeroporto de São José dos Pinhais. Muito do enfoque desta dissertação foi fruto daqueles quarenta minutos.

Agradeço à mestrandia Renata Carvalho Kobus pela cuidadosa revisão, pelas sugestões de aprimoramento e pela imprescindível contribuição na sistematização da dissertação. Seus apontamentos contribuíram muito para a construção do texto.

Agradeço ao Professor Mestre Luiz Daniel Haj Mussi pela revisão e pelos apontamentos. Meus agradecimentos aos Professores Doutores Oksandro Gonçalves e Helena de Toledo Coelho Gonçalves pelo estímulo a todos do escritório para que se aperfeiçoem academicamente.

Se houver mérito na presente dissertação, deve ser repartido com essas pessoas. Por outro lado, as falhas são reflexos, exclusivamente, de minhas limitações.

RESUMO

O conceito de código apresentou diferentes significados ao longo do tempo. Há três vertentes que remetem o surgimento das obras codificadas a distintos períodos históricos, de modo que a precisão a respeito da origem da codificação é primordial para a análise do fenômeno, vez que dela decorre a identificação das características dos códigos. Na Modernidade, o código assumiu as características de ser um corpo formado por normas emanadas exclusivamente do Estado, com pretensão de completude na abordagem e com viés sistêmico. A codificação foi reflexo do paradigma moderno, representando, na área do direito, a consagração do racionalismo e da ideia de racionalidade ilimitada do sujeito. A passagem do paradigma medieval para o moderno pode ser analisada a partir da história do direito comercial. A disciplina comercialista expressou os contextos históricos aos quais pertenceu, assumindo características peculiares em cada momento. A relação existente entre codificação do direito comercial e o Estado é um reflexo da importância histórica sobre a disciplina comercialista. A codificação do direito comercial representou a estatização do direito e em dois períodos históricos distintos — França do Século XIX e Itália do Século XX — serviu como mecanismo para que governos de Estados Nacionais com características totalitárias buscassem a consagração de seus ideais. O Brasil recepcionou a Teoria da Empresa e a unificação (parcial) do direito privado consagrados na Itália, o que poderia ter conduzido ao favorecimento de ideais fascistas em território brasileiro. Entretanto, à época da entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 2002, a democrática Constituição Federal já era concebida como o centro do ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual prevaleceu sobre qualquer viés interpretativo que pudesse aproximar o Brasil dos preceitos fascistas. A perda de centralidade do código remete à análise a respeito de qual o seu atual papel e se efetivamente possui importância para o ordenamento jurídico do Século XXI, especialmente no que se refere às normas disciplinadoras do Direito Comercial.

Palavras-chave: Codificação. Direito Comercial. Modernidade. Racionalismo. Totalitarismo. Código Comercial.

ABSTRACT

The concept of code had different meanings through time. There are three lines of thought that refer the emergence of the encoded works at different historical periods and the accuracy regarding the origin of codification is essential for the analysis of the phenomenon, especially because it is important to the identification of the code's characteristics. In the Modernity, the code assumed the characteristics of being a body formed by rules issued exclusively by the State, intending to have a complete approach and with a systemic bias. Codification was a reflection of the modern paradigm, representing in law, the consecration of rationalism and the idea of human unlimited rationality. The transition from medieval to modern paradigm can be seen from the history of commercial law. The commercial law expressed the historical contexts to which it belonged, assuming peculiar characteristics at all times. The relationship between codification of commercial law and the state is a reflection of the historical importance. The codification of commercial law represented the nationalization of law and in two distinct historical periods — the Nineteenth Century in France and the Twentieth Century in Italy — has served as a mechanism for governments of nation states with totalitarian characteristics consecrate their ideals. Brazil received the Theory of the Firm and the partial unification of the private law that were enshrined in Italy, which could have led the favoring of fascist ideals in Brazilian territory. However, since the beginning of the enforcement of the Brazilian Civil Code of 2002, the democratic Federal Constitution was already conceived as the center of Brazilian law, so that the democratic ideals prevailed over any interpretive bias that could bring Brazil closer to the fascist precepts. The loss of centrality of the code refers to the analysis of what codification means and what is its role nowadays, specially in the commercial law legal discipline.

Keywords: Codification. Commercial Law. Modernity. Rationalism. Totalitarianism. Commercial Code.

RESUMÉ

Le concept de code a eu des significations différentes au fil du temps. Il y a trois aspects qui se rapportent à l'émergence d'oeuvre encodés à différentes périodes historiques, de sorte que la précision en ce qui concerne l'origine de la codification est essentiel à l'analyse du phénomène, car il résulte de l'identification des caractéristiques des codes. Dans la Modernité, le code a adopté les caractéristiques d'être un corps formé par les règles édictées exclusivement par l'État, avec la prétension d'exhaustivité d'approche et de systematization. La codification a été le reflet du paradigme moderne, de la consécration du rationalisme et de l'idée de rationalité illimitée du sujet, dans le droit. La transition du Moyen Age au paradigme moderne peut être analysé par l'histoire du droit commercial. Le droit commercial a exprimé les contextes historiques auxquels il appartenait, en assumant des caractéristiques propres à tout moment. La relation entre la codification du droit commercial et de l'État est le reflet de l'importance historique. La codification du droit commercial représentait la nationalisation de la loi et en deux périodes distinctes — en France du Siècle XIX et en Italie du Siècle XX — a servi de mécanisme pour les gouvernements des états avec des caractéristiques totalitaires consacrer leurs idéaux. Le Brésil a reçu la Théorie de l'Entreprise et l'unification (partial) du droit privé consacré à l'Italie, qui aurait pu conduire à favoriser les ideaux fascistes en territoire brésilien. Cependant, au moment de l'entrée en vigueur du Code Civil de 2002, au Brésil, la Constitution démocratique a été déjà conçu comme le centre de la loi brésilienne, raison par laquelle l'emporte a prédominer sur n'importe quelle interpretation fasciste. La perte de centralité du code conduit à réfléchir sur le rôle actuel et l'importance de la codification au Siècle XXI, spécialement en relation au Droit Commercial.

Mots-clés: Codification. Droit Commercial. Modernité. Rationalisme. Totalitarisme. Code Commercial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CÓDIGO E CODIFICAÇÃO.....	13
1.1 AS CONCEPÇÕES DE CÓDIGO E DE CODIFICAÇÃO E A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO HISTÓRICA DE ANÁLISE.....	14
1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA — ASPECTOS GERAIS DA FORMAÇÃO DO MODELO MODERNO DE PENSAMENTO.....	26
1.3 O IDEAL MODERNO DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO.....	36
2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO COMERCIAL, ESTADO E CODIFICAÇÃO NO COTEJO COM A INTERFERÊNCIA ESTATAL NA IDADE MÉDIA E NA IDADE MODERNA.....	46
2.1 DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO COMERCIAL E ESTADO À ÉPOCA DO NASCIMENTO DO <i>IUS MERCATORUM</i>	50
2.2 DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO COMERCIAL NO CONTEXTO MODERNO DE SURGIMENTO DO CÓDIGO COMERCIAL FRANCÊS DE 1807.....	62
3 ESTADO, FASCISMO E COMPREENSÃO DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL NO SÉCULO XXI.....	81
3.1 DO CONTEXTO HISTÓRICO FACISTA E DA INFLUÊNCIA DO FASCISMO NO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942.....	85
3.2 DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO, DECODIFICAÇÃO E POSSÍVEL SIGNIFICADO DAS NOVAS INICIATIVAS CODIFICADORAS DA DISCIPLINA COMERCIALISTA.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

A codificação respondeu a diversos fatores ao longo do tempo, de natureza política, econômica, jurídica e social, de modo que a investigação a respeito dos códigos passa pela análise contextualizada do período histórico em que foram formulados.

O presente trabalho visa a identificar como a codificação do direito comercial foi influenciada por fatores que vão além da mera técnica legislativa ou da intenção de aperfeiçoamento da disciplina comercialista. Neste sentido, a observação dos diferentes aspectos que influenciaram na opção por codificar ou não o direito comercial se torna o elemento central da análise.

Objetiva-se, a partir das definições de código e de codificação, delinear as características que permearam as iniciativas codificadoras do direito comercial, bem como expressar como os códigos comerciais foram importantes para o alcance de objetivos que estavam muito distantes da mera proteção da classe mercantil.

Metodologicamente, optou-se pela delimitação da análise à realidade italiana, na Idade Média, à realidade francesa, na Idade Moderna e à realidade italiana e brasileira nos Séculos XX e XXI. Tal opção é justificada a partir da tradicional classificação da doutrina comercialista a respeito das fases do direito comercial: origem medieval italiana; Teoria dos Atos de Comércio/codificação moderna francesa e; Teoria da Empresa/unificação do direito privado na Itália.

Até mesmo por conta da delimitação acima indicada, o levantamento bibliográfico foi pautado, essencialmente, em autores franceses, italianos e brasileiros, bem como em documentos históricos que remetem às peculiaridades de cada um dos períodos analisados, como discursos de políticos eminentes das respectivas épocas e pronunciamentos oficiais.

Desde logo, uma ressalva merece ser feita. Não se trata de um trabalho de história do direito, mas de um levantamento bibliográfico que se utiliza da compreensão histórica para analisar a codificação do direito comercial e sua importância na análise

da relação entre o Estado e a atividade mercantil. A história, tal qual a economia e a filosofia, foi utilizada como ferramenta na busca de contemplar a realidade de maneira satisfatória.

No primeiro capítulo da dissertação, abordar-se-ão as noções de codificação e de código, a fim de averiguar os diferentes significados que apresentaram no decorrer do tempo. Será discorrido sobre as três diferentes vertentes a respeito da origem dos códigos e sobre as distintas características que cada uma das correntes imputou à obra codificada.

Fixada a premissa a respeito da origem da codificação, será possível analisar o conjunto de elementos que identificam os códigos, cotejando-os com o período histórico em que houve sua consagração, em especial, demonstrando os fatores que refletiram o erigir de concepções que se espalharam ao redor do mundo: (i) racionalismo; (ii) estatização do direito e; (iii) sistematização da ordem jurídica.

Para realizar o referido cotejo, serão apresentadas as características essenciais do período histórico conhecido como Modernidade e do que o precedeu, a Idade Média, visto que a ideia de codificar o direito foi um dos reflexos da mudança paradigmática que caracterizou a passagem do medieval para a Idade Moderna.

Apresentados os pressupostos referentes às noções de código e de codificação, analisar-se-á, no segundo capítulo, a relevância da influência estatal sobre a expressão formal e material da disciplina comercialista, o que contribuiu para a primeira codificação do direito comercial, já sob a luz dos preceitos consagrados na Modernidade.

Neste passo, será analisado o surgimento do direito comercial, na Idade Média, buscando demonstrar os diversos fatores ligados ao sistema medieval e à configuração estatal da época que contribuíram para que a disciplina comercialista, em sua fase originária, fosse elaborada e aplicada pela própria classe mercantil.

Ato seguinte, buscar-se-á demonstrar como a passagem do paradigma medieval para o moderno, consubstanciada na substituição da concepção de pluralidade de fontes do direito pela tentativa de centralização em um único corpo normativo e na estatização do ordenamento jurídico, contribuiu para a alteração do

direito comercial formal e materialmente, inclusive para a formulação do Código Comercial Francês de 1807.

Seguindo a linha do presente trabalho, verificar-se-á como o Estado interveio sobre o direito comercial e como a codificação da disciplina comercialista serviu para que o ente estatal buscasse alcançar os seus próprios objetivos, afastando-se, assim, da concepção originária do direito comercial de proteger unicamente os comerciantes. Neste ponto, serão descritas as justificativas públicas acerca da necessidade de se codificar a disciplina comercialista e os efeitos decorrentes da codificação do direito comercial.

Estabelecidas as premissas a respeito da codificação e da relevância da interferência estatal sobre o direito comercial, será analisada a expressão da disciplina comercialista no Código Civil Italiano de 1942. Mantendo o viés histórico do trabalho, buscar-se-á encontrar elementos que aproximem ou distanciem o regime fascista prevalecente na Itália da configuração que o direito comercial assumiu no referido diploma normativo.

Pretende-se avaliar se, tal qual ou em maior medida do que no contexto histórico em que entrou em vigor o Código Comercial Francês de 1807, a codificação do cerne da disciplina comercialista pelo *Codice Civile de 1942* serviu aos propósitos estatais.

No mesmo sentido, será averiguado como a Teoria da Empresa e a pretendida unificação do direito privado foram recepcionados pelo Código Civil brasileiro de 2002, buscando elementos que justifiquem a existência ou inexistência de influência fascista sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em contexto histórico completamente diferente do italiano.

Por fim, buscar-se-á constatar a importância dos códigos no período pós-Segunda Guerra Mundial e indícios que remetam a um possível significado de codificação do direito comercial no Século XXI, em que muitos dos postulados modernos — como a racionalidade ilimitada do sujeito e a possibilidade de elaborar uma obra codificada completa e hermética — estão abalados.

1 CÓDIGO E CODIFICAÇÃO

O Brasil parece viver uma nova era das codificações. À época da formulação do presente trabalho tramitam no Congresso projetos de novos códigos comercial¹, processual civil², penal³, processual penal⁴, de defesa do consumidor⁵ e de mineração⁶. Cada um com suas respectivas prioridades, mas todos com discurso muito similar: é necessário melhorar e atualizar a legislação, por intermédio de um novo código para a respectiva disciplina.

Concomitantemente a esta nova tendência codificadora, observa-se cada vez mais acentuada crítica aos preceitos que fundamentaram e consagraram os códigos concebidos na modernidade, rotulando-os como antiquados, engessadores, defasados e distantes da realidade.

Nesta esteira, questiona-se a possibilidade de haver coerência lógica em se refutar os preceitos da modernidade e em se erigir o código como o meio adequado para atualizar e melhorar o direito no Século XXI.

O objetivo do presente capítulo é perquirir o significado histórico dos termos codificação e código, de forma a constatar os diferentes sentidos que apresentaram ao longo do tempo.

¹BRASIL. **Projeto de Lei nº 1572/2011.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acesso em 22 jan. 2013; BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 487/2013.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115437. Acesso em 26 dez. 2013.

²BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 22 jan. 2013; BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.025/2005.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>. Acesso em 22 dez. 2013.

³BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=SF&com=1603>. Acesso em 22 jan. 2013.

⁴BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acesso em 22 jan. 2013.

⁵BRASIL. **Projetos e matérias legislativas.** Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106771. Acesso em 26 dez. 2013. Apesar da nomenclatura usualmente empregada seja de Novo Código do Consumidor, em verdade são três Projetos de Lei do Senado (PLS 281/2012, PLS 282/2012 e PLS 283/2012) que alteram significativamente (mais de 100 artigos) do atual Código de Defesa do Consumidor.

⁶BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.807/2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2013/msg248-junho2013.htm. Acesso em 22 jan. 2013.

A partir da análise dos diferentes contextos históricos que permearam a criação das obras codificadas, buscar-se-á identificar as diretrizes que marcaram os respectivos conceitos no decorrer da história, bem como aportar elementos para a compreensão do novo fenômeno codificador que se vivencia no Século XXI, mormente no que diz respeito ao direito comercial contemporâneo.

1.1 AS CONCEPÇÕES DE CÓDIGO E DE CODIFICAÇÃO E A NECESSÁRIA DELIMITAÇÃO HISTÓRICA DE ANÁLISE

A palavra código remeteu a diferentes significados ao longo da história, de modo que a definição precisa de seu conceito está atrelada à compreensão do contexto histórico de seu surgimento⁷.

Etimologicamente, a palavra código vem do latim *codex*, que deriva de *caudex*, cuja tradução é tronco de árvore⁸. O termo *codex* foi alvo de diferentes interpretações, designando, primeiramente, uma tabuleta de madeira utilizada para escrever⁹ e, mais adiante, um caderno agrupado de folhas escritas¹⁰.

Observa-se que a palavra remetia, em suas concepções mais primitivas, apenas ao aspecto formal das obras, não havendo qualquer elemento substancial abrangido pelas primeiras concepções do termo ou que fosse capaz de caracterizar a matéria contida nas obras codificadas¹¹. Seria considerado código o manuscrito que apresentasse a formatação escrita, independentemente de conter abordagem de matéria jurídica.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96-98.

⁸ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 56.

⁹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

¹⁰ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 56.

¹¹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19-20.

Nada obstante, paulatinamente, o objetivo desses cadernos compostos por folhas escritas (*codex*) passou a ser o de favorecer a difusão e a conservação dos textos exclusivamente jurídicos, com vistas a propiciar aos cidadãos de um lado o conhecimento a respeito do direito e de outro a estabilidade pretendida por meio da reprodução das normas por escrito e em um corpo normativo unificado¹².

Conseqüentemente, passada uma primeira etapa em que a referência ao termo *codex* ocorria simplesmente em relação ao formato, passou-se a atribuir escopos materiais comumente associados aos códigos, quais sejam: auxiliar na difusão e na conservação dos textos jurídicos, o que permanece, em expressiva medida, nos dias atuais¹³.

Ocorre que a definição etimológica da palavra não é suficiente para transmitir elementos suficientes para a compreensão semântica do termo em análise, uma vez que, dependendo do enfoque empreendido sobre seu nascimento, o conjunto de características atribuído aos códigos será completamente diverso.

Deste modo, ainda que se possa aduzir uma noção preliminar a respeito da codificação com a definição etimológica do termo código, a conceituação torna-se pouco esclarecedora e insuficiente para a efetiva compreensão da matéria, caso a definição da palavra esteja dissociada dos elementos que a constituem, o que somente é possível aferir quando identificado o período na história em que teve início o fenômeno da codificação do direito¹⁴.

Conseqüentemente, faz-se necessária a delimitação histórica do assunto, para que fique claro a respeito de qual código se está a tratar, até mesmo porque, conforme explica Cabrillac, as diferentes concepções de código foram se somando ao longo do tempo sem que, com isso, alguma tenha efetivamente desaparecido¹⁵.

¹² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

¹³ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 06.

¹⁴ A respeito ver: MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96-98.

¹⁵ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 11.

A precisão temporal a respeito do aparecimento dos códigos é motivo de divergência doutrinária, já que o nascimento da codificação — procedimento que resulta na criação dos códigos¹⁶ — é remetido aos mais diferentes períodos históricos, dependendo do enfoque empreendido sobre as características das obras codificadas.

Parte da doutrina defende que os códigos nasceram há mais de dois mil anos antes de Cristo, no Oriente Médio¹⁷. Outros autores entendem que a codificação nasceu muitos séculos mais tarde (Século III d.C.), na Roma Antiga, na fase do Império¹⁸. Há, ainda, os que sustentam que os códigos nasceram apenas na Idade Moderna na Europa Ocidental¹⁹.

Existe, portanto, divergência de mais de três mil e quinhentos anos a respeito de quando surgiu o primeiro código (no direito), razão pela qual se faz importante a delimitação exata de seu conceito para justificar a adoção de uma das vertentes e para que seja possível analisar as características essenciais do fenômeno da codificação.

¹⁶ OSTEN, Hans-Henning von der. La Codificación en la primera presidencia del ilustre americano Antonio Guzmán Blanco (Septenio: 1870-1877): ensayo histórico-jurídico. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.1027.

¹⁷ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 11. PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 25. SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 65.

¹⁸ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22. BRITO, Alejandro Guzman. Codex. In: **Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987, p. 604. ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano: historia e instituciones**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p.102.

¹⁹ DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 68. CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988, p. 54. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25. MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456. TIMM, Luciano Benetti. **Descodificação, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. v. 3. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008, p. 04. Disponível em: services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&contexto, acesso em 12 ago. 2013. NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 176.

Cronologicamente, a primeira dessas correntes (que conta com autores como Cabrillac²⁰, Pinto²¹ e Martins da Silva²²), pautada essencialmente na descoberta arqueológica de Samuel Noah Kromer na década de 1950²³, defende que o primeiro código nasceu no Oriente Médio, mais especificamente na Mesopotâmia, por volta de dois mil e cem anos antes da nossa era (Código Ur-Nammu)²⁴.

É interessante observar que Cabrillac sustenta que os códigos poderiam ter nascido até mesmo antes do Código Ur-Nammu, caso fossem considerados como tais as obras expressas na Bíblia ou no Corão. Entretanto, para o autor francês, estas obras não poderiam ser consideradas código porque seriam meras revelações divinas e os textos que nelas constavam seriam por demais vagos para poderem ser considerados efetivamente regras jurídicas encartadas numa obra codificada²⁵.

Diante disso, seria a partir das obras do Oriente Médio que primeiramente teria havido a separação entre o direito do homem e o direito divino, dissociadas do caráter de mera revelação, concebidas em uma obra codificada e que continha efetivamente normas jurídicas, o que, na opinião de Cabrillac, remete o nascimento dos códigos às obras criadas há dois mil e cem anos antes de Cristo²⁶.

Segundo o mesmo autor, após o primeiro código (Ur-Nammu), vieram os códigos de Lipit-Istar, Hamurabi e Hittite, todos também concebidos no Oriente Médio, nascidos há mais de mil anos antes de Cristo e com dezenas de artigos voltados à aplicação do direito²⁷.

Para esta primeira linha de pensamento, historicamente, os códigos nasceram no Oriente Médio, tiveram seu apogeu antigo em Roma com a produção dos *codices*, relativo declínio na Idade Média por conta da pouca quantidade de códigos produzida e

²⁰ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 11.

²¹ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 25.

²² SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 65.

²³ SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999, p. 65.

²⁴ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 25.

²⁵ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 10.

²⁶ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 10.

²⁷ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 12.

importante renascimento na Modernidade com a entrada em vigor de obras codificadas em praticamente toda a Europa, já à luz do pensamento racionalista moderno²⁸.

Ainda para esta vertente, as obras que se seguiram às primitivas codificações do Oriente Médio foram aperfeiçoamentos decorrentes das ideias iniciais lançadas há mais de dois mil anos antes da nossa era, sem que tenham perdido a essência de reunião de dispositivos legais em um corpo escrito, caracterizadora do conceito de código desde o princípio²⁹.

Depreende-se, assim, que para os autores que defendem que os códigos nasceram no Oriente Médio, a referência ao termo é utilizada para fazer menção a todas as obras que buscaram contemplar de maneira escrita o direito, em formato comum, expressando regras jurídicas e não meramente revelações divinas.

Por outro lado, denota-se que esta corrente de análise não apresenta maiores preocupações a respeito da identificação de elementos como a organização e a sistematização do direito, já que o importante seria o caráter jurídico das regras expressas nos cadernos escritos.

Diferentemente desta primeira vertente de análise³⁰, um segundo posicionamento a respeito do assunto defende que os códigos nasceram somente na Roma Antiga, no Século III d. C, e este seria o ponto de partida para o estudo do fenômeno da codificação do direito³¹.

Para este segundo posicionamento, foram os romanos que primeiramente tiveram o objetivo de reunir os diferentes textos jurídicos dentro de um único corpo

²⁸ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 10.

²⁹ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 10.

³⁰ Não se pode afirmar que todos os membros desta segunda vertente refutam a primeira, vez que parte dos que defendem que os códigos nasceram em Roma não tiveram oportunidade temporal de acesso aos escritos da Mesopotâmia, que somente vieram à tona na segunda metade do século XX. Sobre o assunto: PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 25.

³¹ BRITO, Alejandro Guzman. Codex. In: **Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987, p. 604. ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano: historia e instituciones**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p.102. VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

normativo, de maneira organizada³². Vanderlinden, por exemplo, sustenta que somente a partir das obras romanas foram verificados os primeiros traços suficientemente explícitos da ideia de código e que pautaram toda a concepção posterior envolvendo a codificação na Modernidade³³.

O mencionado autor sustenta que a partir dos primeiros códigos romanos foram se tornando cada vez mais comuns as obras que compilavam e consolidavam textos jurídicos, tanto durante o Império Romano, quanto nos séculos que se seguiram a sua queda³⁴.

Esta segunda vertente aponta que no Século III da nossa era foram editadas as duas obras que são tradicionalmente referidas como os primeiros códigos jurídicos que se tem notícia: o *Codex Gregoriano* e o *Codex Hermogeniano*³⁵. Após estes dois primeiros códigos, já no século IV d.C., surgiu o *Codex Theodosiano* que é apontado como o primeiro código a ser uma compilação oficial de leis³⁶.

Os três supracitados códigos eram essencialmente gerais e visavam contemplar o direito como um todo, não de maneira particularizada ou setorizada por matéria. Possuíam como escopo comum unificar os diversos textos jurídicos romanos que antes estavam dispersos e continham na nomenclatura o nome do imperador que comandava Roma à época de suas respectivas edições³⁷.

Esta segunda vertente de análise sustenta que a partir dos primeiros códigos romanos foram editadas diversas obras com o mesmo formato e com os mesmos escopos de disseminação, organização e preservação do direito³⁸, servindo de base

³² ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**: historia e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p.102.

³³ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

³⁴ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

³⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

³⁶ CHAMOUN, Ebert. **Instituições do Direito Romano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 26.

³⁷ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 229.

³⁸ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano**: historia e instituciones. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p.102-103.

para a criação dos códigos que posteriormente foram concebidos na Modernidade³⁹.

Segundo Vanderlinden, com o passar dos séculos a maior parte das obras com o mesmo formato e com os mesmos objetivos passaram a ser intituladas de código, porém outras acabaram não sendo assim denominadas, o que produziu certa instabilidade no reconhecimento das obras como código, especialmente durante a Idade Média⁴⁰.

A título exemplificativo, o mencionado autor aponta que nos séculos XIII e XIV não existiram obras chamadas de código, entretanto, diversos textos, como a *Concordia Discordantium Canonum*, possuíam os mesmos objetivos e a mesma forma que os antigos códigos, porém, simplesmente não foram assim denominados⁴¹.

A partir do exposto, é possível constatar que, para esta segunda corrente de análise a respeito do surgimento da codificação, o termo código representaria mais do que o simples reproduzir do direito em forma escrita, apresentando, com isso, rigorosidade maior para a atribuição da nomenclatura código a uma obra, se comparado à primeira corrente de análise.

Nota-se que para os defensores desta segunda vertente, a noção de código traria o sentido de reunião de leis e de sua interpretação, o que somente teria havido a partir da Roma Antiga, não sendo encontrado nas antigas obras mesopotâmicas.

Assim, tomados como reunião organizada do direito, inclusive com viés interpretativo, os códigos romanos se diferenciariam das antigas obras do Oriente Médio, razão pela qual, para esta segunda vertente, seria sustentável que a codificação surgiu à época do Império Romano, no Século III depois de Cristo.

Em oposição às duas primeiras vertentes retratadas, identifica-se na doutrina um terceiro possível enfoque a respeito do surgimento da codificação. São os autores que sustentam que os códigos nasceram apenas muitos séculos mais tarde, na Idade

³⁹ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition.** Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

⁴⁰ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition.** Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

⁴¹ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition.** Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 23.

Moderna. Esta vertente é representada por autores como David⁴², Wieacker⁴³, Marques⁴⁴, Fachin⁴⁵, Andrade⁴⁶, Pellet⁴⁷ e Menezes Cordeiro⁴⁸.

Segundo os defensores desta terceira vertente, a codificação moderna buscou, pioneiramente, uma reordenação sistêmica e original da matéria jurídica, o que configuraria uma formatação nova e sem precedentes.

Marques explica que na Idade Moderna o vocábulo código especializou-se como representante de uma nova forma jurídico-organizatória, pautada no pensamento racionalista e oposta à forma consagrada na Idade Média (*Ius Commune*), não encontrando precedentes na história⁴⁹.

Marques também afirma que a codificação representa a expressão máxima de que se buscava na Idade Moderna a formação de axiomas logicamente concatenados que contemplassem a realidade de maneira inequívoca, sendo fruto de uma modalidade de pensamento característica da Modernidade e que não encontrava correspondência em qualquer outro período histórico⁵⁰.

Deste modo, Marques entende que a codificação foi um dos marcos do racionalismo moderno, diferenciando-se completamente das antigas obras intituladas de código por conta de sua essência racional e de seu perfil sistematizador, os quais somente foram consagrados à luz dos ideais da Modernidade⁵¹.

⁴² DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p.68.

⁴³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366.

⁴⁴ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92.

⁴⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25.

⁴⁷ PELLET, Alain. Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC. In: **International Law Forum du Droit International**. v. 06. p. 15.

⁴⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988, p. 54.

⁴⁹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 05.

⁵⁰ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456.

⁵¹ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456.

Andrade igualmente defende tal entendimento, afirmando que os códigos modernos foram os primeiros que tiveram como objetivo sistematizar a matéria de forma similar ao que acontecia nas ciências exatas, diferenciando-se substancialmente das antigas concepções de código, por conta desta inédita pretensão sistematizadora racional moderna⁵².

O mencionado autor argumenta que as obras romanas estavam muito mais próximas das noções de compilação ou de consolidação do que de código propriamente dito⁵³, vez que esse novo aporte trazido pela Modernidade conferiu aos códigos um caráter bastante peculiar. Assim, para Andrade, a diferença estaria, essencialmente, no caráter sistematizador das codificações da Modernidade, o que não havia nas pretéritas obras que levavam o nome de código.

Timm igualmente afirma que os códigos modernos diferenciaram-se das compilações romanas na preocupação em sistematizar o material legislativo, não simplesmente reunindo, mas efetivamente ordenando e criando novas formulações legais que se pretendiam homogêneas e coesas⁵⁴.

Nusdeo faz interessante distinção ao afirmar que a codificação (moderna) vai além da consolidação, já que esta responde a uma necessidade somente prática, enquanto aquela, mais complexa, é fruto de um movimento racionalista e teórico que ultrapassa a consolidação⁵⁵.

Também defendendo esta terceira vertente de análise, Menezes Cordeiro sustenta que a codificação pressupõe a obtenção de determinado estágio de desenvolvimento da ciência do direito, em especial no que se refere à sistematização

⁵² ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25.

⁵³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

⁵⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Descodificação, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?** The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. v. 3. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008, p. 04. Disponível em: services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&contexto. Acesso em 12 ago. 2013.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 176.

do ordenamento jurídico, que somente veio a ser atingido na Modernidade⁵⁶.

Desta forma, Menezes Cordeiro defende que o surgimento dos códigos apenas poderia ser imputado aos modernos. Segundo o autor português, somente a partir do Código Civil dos Franceses de 1804, poder-se-ia falar em codificação do direito⁵⁷.

René David também sustenta que o primeiro código foi o francês de 1804, vez que esta teria sido a primeira obra que, de forma sistemática, visou a consagrar os ideais de justiça, liberdade e dignidade do indivíduo, em associação a um plano político bem definido⁵⁸.

Portanto, assumindo como parâmetro a codificação moderna, observa-se que a centralização do elemento racionalidade, expresso no escopo de sistematização do direito, distingue o simples reunir de textos legais que havia no período pré-romano e romano (que permaneceu na Idade Média) da iniciativa codificadora dos modernos.

Neste ponto parece haver a necessária distinção entre a codificação moderna e as que a precederam. Os códigos modernos, frutos de uma era em que se concebia o ser humano como essencialmente racional e capaz de contemplar o todo de maneira indefectível, buscavam sistematizar o direito de uma forma que não guardava precedentes. As antigas obras intituladas de código eram (louváveis) tentativas de reunir os textos legais existentes, mas não se tinha a intenção de efetivamente sistematizar o ordenamento jurídico.

Para esta terceira vertente de análise, destarte, a despeito de haver tradicional referência a algumas obras pré-modernas, em especial as romanas, como se código fossem, não se tratavam propriamente disso, já que as obras anteriores à Modernidade não tinham a preocupação pela sistematização tal qual tiveram os modernos no apogeu do racionalismo e que caracterizaram os códigos a partir de então.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988, p. 54.

⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988, p. 54.

⁵⁸ DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p.70.

Para esta parte da doutrina, os elementos substanciais presentes nos códigos modernos lhes trouxeram um conjunto de características único, que fez com que as codificações modernas fossem radicalmente diferentes das anteriores iniciativas.

Deste modo, de acordo com a terceira vertente, a concepção moderna de código era bastante distinta das antigas referências ao termo, já que possuía novos componentes, até então inéditos, mormente no que diz respeito à sistematização do direito, à estrutura das obras e ao contexto histórico da codificação. A luz destas diferenças, seria defensável que uma radicalmente nova concepção de código nasceu a partir da Modernidade.

A partir dos três posicionamentos a respeito do surgimento da codificação, acima delineados, fica claro que, sob a perspectiva histórica, a palavra código não remeteu a uma concepção inequívoca, em especial antes da guinada semântica que se operou na Modernidade com o enfoque na sistematização, fruto do pensamento racionalista predominante na Idade Moderna.

Também partindo dos três possíveis enfoques a respeito da criação dos códigos, é possível identificar que, mais do que a simples definição temporal, a delimitação a respeito de quando surgiram os primeiros códigos faz com que se tenha a compreensão acerca do que se está a tratar, já que os códigos romanos ou mesopotâmicos eram marcadamente diferentes, estrutural e funcionalmente, entre eles e, com diferenças ainda mais acentuadas se comparados aos códigos modernos. Desta forma, dependendo da vertente adotada, estar-se-á fazendo referência a códigos com características completamente diferentes.

Tal raciocínio também continua importante na atualidade, já que a contemporânea referência ao termo código remete a um novo conjunto de características, distinto dos anteriores, como apontam Martins-Costa⁵⁹ e Oppetit⁶⁰, em tema que será discorrido no último capítulo da presente dissertação.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da “Ética da Situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96-98.

⁶⁰ OPPETIT, Bruno. La décodification du droit commercial français. In: **Études offertes à René Rodière**. Paris: Dalloz, 1981, p. 202.

Relembre-se que a palavra código, de início, remetia simplesmente à forma em que eram agrupados os textos jurídicos, sendo possível, a partir deste enfoque, apontar que o nascimento dos códigos ocorreu no Oriente Médio, conforme sustenta Cabrillac⁶¹, ou na Roma Antiga, como afirma Vanderlinden⁶².

Por outro lado, na Idade Média algumas obras possuíam as mesmas características das antigas composições que levaram o nome de código, mas não foram assim denominadas, gerando um período vacilante quanto à nomenclatura⁶³.

Foi somente na Modernidade que a codificação trouxe a ideia de textos unicamente legislativos e que continham sistematicamente as normas de determinado ramo do direito dentro de um único corpo normativo⁶⁴, o que confere substanciais diferenças em comparação com as anteriores concepções, chamando-as de código ou não.

Sem prejuízo algum às outras vertentes, igualmente defensáveis, o presente trabalho adota como pressuposto de análise a concepção adotada pela terceira corrente de pensamento, retratada acima.

Assim, para fins da presente dissertação, considerar-se-ão códigos as obras surgidas a partir da Modernidade, fruto do pensamento racionalista e que reuniram textos unicamente legislativos, com a marcante característica da sistematização do direito.

Adota-se tal entendimento especialmente por conta da nova carga semântica que a concepção moderna de código trouxe consigo, já que aportou elementos que não eram presentes nas antigas obras do Oriente Médio e da Roma Antiga, especialmente a noção de sistematização da ordem jurídica.

⁶¹ CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002, p. 12.

⁶² VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 22.

⁶³ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 23.

⁶⁴ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 05.

Decorrência lógica deste pressuposto será entender a codificação como um fenômeno tipicamente moderno, insculpido a partir do conjunto de pressupostos que pautou o modelo de pensamento predominante na Modernidade.

Diante de todo o exposto, torna-se imperiosa a análise contextualizada da codificação, já que deve ser conjugada com a compreensão do contexto social e político do período histórico em que surgiu, razão pela qual, a partir da opção adotada pelo presente trabalho, importante se faz o cotejo entre as características dos códigos modernos e o contexto histórico que permeou seu surgimento na Modernidade.

Para que se tenha coerência lógica no tratamento da matéria, delimitar-se-á o âmbito de análise do surgimento do fenômeno da codificação e dos códigos ao período histórico tradicionalmente referido como Idade Moderna, que continua produzindo relevantes efeitos sobre a sistemática jurídica e sobre o comportamento humano na contemporaneidade.

1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA — ASPECTOS GERAIS DA FORMAÇÃO DO MODELO MODERNO DE PENSAMENTO

A análise geral de um período histórico, tal qual a que se fará adiante, certamente não abrangerá a realidade como um todo, visto que, na expressão utilizada por Lima, a “análise em bloco” de qualquer realidade histórica sempre será incompleta⁶⁵.

Entretanto, como alerta o próprio Lima, uma unidade interior é identificável nos períodos históricos e a partir desta unidade é possível ter a identificação das características básicas do *momentum* analisado⁶⁶. Desta forma, buscar-se-á a referida unidade interior para se compreender o contexto de surgimento dos códigos.

⁶⁵ LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 69.

⁶⁶ LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 70.

A análise que se desenvolve abordará as concepções preponderantes nos períodos moderno e medieval. O primeiro em razão de ser o período histórico tomado pela presente dissertação como o de início da codificação do direito e que compreende, portanto, os fundamentos históricos que pautaram a concepção de código.

O segundo, por ser possível extrair dele importantes elementos para a compreensão do pensamento racionalista moderno e que repercutiram diretamente no espírito codificador que se seguiu, já que o pensamento prevalecente na Modernidade foi reflexo de uma forte reação, em forma de oposição ao pensamento predominante na Idade Média⁶⁷.

Conforme explica Muñoz, o legado patrístico, a tradição jurídica romana e o pensamento grego constituíram as principais fontes do direito na Idade Média⁶⁸. Entretanto, esclarece o autor, que todas estas fontes eram centradas e convergiam para um sistema de valores e crenças herdadas do clero e que, como tais, culminavam, invariavelmente, na ideia de uma comunidade instituída por Deus na Terra, expressando a predominância do ente divino sobre os seres humanos⁶⁹.

A ciência e a sociedade medieval possuíam como base e centro de imputação a igreja e a figura de Deus⁷⁰. Basta recordar da própria produção artística medieval para que se tenha a real percepção da importância do clero em toda a sociedade no medievo: as produções sacrossantas eram expressiva maioria e as que foram mais apreciadas durante o período histórico que compreendeu os séculos V a XV⁷¹.

Com efeito, partindo da amplamente conhecida predominância da igreja no período medieval, compreende-se, desde já, que a noção de Deus era primordial para todo o estudo que pautou a produção científica na Idade Média. Toda a sociedade e, por consequente, toda a ciência medieval eram essencialmente vinculadas à noção do

⁶⁷ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução de Carmen Grisci *et al.*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 106-107.

⁶⁸ MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). **Historia de la teoría política**. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 219.

⁶⁹ MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). **Historia de la teoría política**. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 219.

⁷⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 15-16.

⁷¹ LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 71.

ente transcendental e convergiam para a figura de Deus⁷². Nas palavras de Hirschberger, predominava na Idade Média a noção de que era preciso “saber para crer” e “crer para poder saber”⁷³.

Para a concepção predominante na Idade Média não era preciso buscar o ente divino por qualquer tipo de método científico ou empírico, pois, como expresso por Vier, no período medieval a “existência de Deus é uma verdade indubitável” e a “noção de Deus encontra-se gravada ou ‘impressa’ na própria alma humana”⁷⁴.

Preponderava o entendimento de que a figura de Deus era inata e substancialmente presente em qualquer ser humano. E, tratando-se de um ente superior, sua vontade deveria prevalecer sobre a própria vontade do homem⁷⁵.

A predominância de tal concepção produziu efeitos também sobre a produção jurídica medieval. Não por acaso, o direito medieval, assim como as ciências medievais, possuiu como centro de justificação e como norte a figura de Deus⁷⁶, até mesmo porque, conforme explica Wieacker, as pessoas tomavam conhecimento a respeito do direito por meio de fontes indiretas, em especial por intermédio da igreja⁷⁷, a qual já fazia a depuração da vontade legal.

Isto é aferido, por exemplo, a partir da análise das teorias justificadoras do poder no medievo, como a Teoria do Direito Divino dos Reis, em que se justificava a posição privilegiada atribuída aos reis e à aristocracia em geral como a legítima vontade divina⁷⁸.

⁷² HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Idade Média**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Editora Herder, 1999, p. 13.

⁷³ HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Idade Média**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Editora Herder, 1999, p. 13.

⁷⁴ VIER, Francisco. Da certeza do conhecimento de Deus em São Boaventura. In: GARCIA, Antônio (Org.). **Estudos de filosofia medieval: a obra de Raimundo Vier**. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Instituto Franciscano de Antropologia: Universidade São Francisco, 1997, p. 35.

⁷⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 26-27.

⁷⁶ MARINHO, Inezil Penna. **O Direito Natural na Idade Média e no Direito Canônico**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979, p. 11.

⁷⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 15-16.

⁷⁸ REIS, José Carlos. **História & Teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 20.

Afirmava-se que algumas pessoas eram fadadas ao sucesso e a ter boas condições de vida por terem sido escolhidas pelo ente transcendental, enquanto outras, menos afortunadas da bondade divina, deveriam se resignar e apenas aceitar as condições de vida que lhe foram desejadas e impostas por Deus⁷⁹. Tratava-se de uma concepção essencialmente fatalista da vida humana.

A respeito da predominância da concepção de Deus no direito medieval, Bobbio explica que na Idade Média o direito natural era considerado superior ao direito positivo, sendo compreendido “como uma norma fundada na própria vontade de Deus, como a lei escrita por Deus no coração dos homens”⁸⁰.

Com efeito, outra característica da ordem jurídica medieval era a multiplicidade de fontes do direito, vez que o Estado não era reconhecido como o único ente legitimado para emanar os comandos legais⁸¹. A respeito da pluralidade de fontes, um marcante exemplo é o do surgimento e da consagração do *ius mercatorum* na Idade Média, fruto dos usos e costumes dos comerciantes, feito pela classe mercantil para atender as necessidades da própria classe e desvinculado do ente estatal⁸².

A centralidade da ideia de Deus e a convergência das diversas fontes do direito para atender aos interesses do clero preponderaram enquanto (i) a igreja teve condições de manter seu amplo domínio sobre a sociedade, (ii) o paradigma teológico prevaleceu e (iii) os Estados Nacionais estiveram enfraquecidos⁸³.

Historicamente, aponta-se que o paradigma começou a ruir na fase final da Idade Média, passando, pouco a pouco, a ser substituído por uma nova lógica, menos

⁷⁹ BENITEZ, Francisco Carpintero. **Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vazquez de Menchaca**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1977, p. 28.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

⁸¹ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

⁸² A respeito do assunto ver: GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 9. Interessante observar que o *ius mercatorum* de um lado se mostra tipicamente medieval por ter sido formulado pelos próprios empresários. De outro lado, mostra alguns sinais modernos como a tentativa de se desvencilhar dos preceitos do clero.

⁸³ A respeito do conceito de paradigma e das transições paradigmáticas ver: KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 77.

fatalista e mais capitalista⁸⁴, que possuía como centro de análise a figura do ser humano e de sua racionalidade, no período rotulado pela historiografia de Idade Moderna.

Como é característico em qualquer ruptura⁸⁵, na passagem da Idade Média para a Modernidade, os defensores do novo movimento (moderno), com seus novos pressupostos, passaram a combater os antigos preceitos até então consagrados⁸⁶. Conforme aponta Giddens, a ordem social que se pretendia produzir na Modernidade buscava romper com todas as antigas concepções de ordem social consagradas no período medieval⁸⁷.

Tradicionalmente, aponta-se que o modelo moderno começou a ganhar força no século XIV⁸⁸, consolidou-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes sob o domínio das Ciências Naturais⁸⁹, em direta oposição aos preceitos consagrados na Idade Média⁹⁰.

Os modernos rejeitavam radicalmente os preceitos medievais, a tal ponto que esqueciam e encerravam em instituições repressivas⁹¹ qualquer coisa, fato ou pensamento que parecesse resistir ao triunfo da nova verdade instituída⁹². Propugnava-

⁸⁴ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 22.

⁸⁵ KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 77.

⁸⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 381.

⁸⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 14.

⁸⁸ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 20.

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 60.

⁹⁰ Para aprofundamento a respeito do assunto, ver a paulatina consolidação do entendimento moderno: HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 121-242 e WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 15-96.

⁹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 12ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 10.

⁹² TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 213.

se uma mudança paradigmática, na nomenclatura consagrada por Kuhn⁹³, qualificada na ruptura com os preceitos preponderantes no período antecedente.

Para os integrantes deste novo paradigma que visava a se consolidar, o homem medieval vivia na barbárie. Os modernos sustentavam que na Idade Média o ser humano estava privado da luz da razão e era submetido à impostura religiosa que lhe impunha dogmas a serem seguidos e o impedia de extrair a real verdade dos fatos⁹⁴.

Para o então ascendente movimento moderno, a igreja e a supremacia da figura de Deus sobre as outras concepções e outros ícones da humanidade fez com que a sociedade vivesse um longo período sombrio na Idade Média, em que teria havido pouco desenvolvimento e a sociedade entrado em declínio econômico⁹⁵.

Ocorre que, inobstante a esta severa crítica da Modernidade ao comportamento humano em referência ao período que abrangeu os Séculos V a XV, os modernos reconheciam que, em virtude da própria natureza humana, todos os homens seriam capazes de transitar do estado de barbárie para o estado civilizado por intermédio da ferramenta da razão, elemento indissociável da essência de todo ser humano⁹⁶.

A figura humana era vista pela Modernidade como essencialmente racional e autônoma, capaz de ditar seu próprio caminho por meio de escolhas racionais⁹⁷ e seria esta racionalidade que levaria à superação do momento de dificuldade vivido durante a Idade Média⁹⁸, numa verdadeira emancipação do homem.

Para os modernos, a Idade Média teria sido um longo período sombrio (muitas vezes alcunhado de período das trevas)⁹⁹, em que a Igreja e a concepção de Deus

⁹³ KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 77.

⁹⁴ ROUANET, Sergio Paulo. **Mal Estar na Modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 14.

⁹⁵ BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07.

⁹⁶ SARTRE, Jean Paul. **El existencialismo es un humanismo**. Barcelona: Edhasa, 1999, p. 30.

⁹⁷ DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22ª ed. Paris: Larousse, 1978, p. 10.

⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 253.

⁹⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 24.

como centro do universo teriam feito com que a racionalidade ficasse relegada a segundo plano, em especial para propiciar a manutenção de privilégios conferidos a poucos afortunados ligados ao clero e à realeza¹⁰⁰.

Todavia, os pensadores do então novo movimento (moderno), sustentavam que, como o ser humano diferenciava-se das outras espécies justamente por conta de sua racionalidade, seria por intermédio da razão — e não mais pela simples vontade divina — que o homem poderia romper com o momento de trevas e voltar a produzir conhecimento¹⁰¹.

Tratava-se do erigir do homem e de sua racionalidade para o centro do paradigma. Nas palavras de Grossi, a Modernidade “pretende libertar o sujeito da opressão da sociedade sacra” porque “o considera capaz e merecedor de total confiança”¹⁰².

Os pensadores modernos afirmavam que a racionalidade era algo comum a todos os seres humanos e a sua valorização seria uma forma de propiciar a qualquer pessoa a possibilidade de se desenvolver¹⁰³. Era o propulsar não somente da ideia de igualdade entre as pessoas, como, principalmente, o erigir da típica lógica burguesa capitalista¹⁰⁴, descrita por Webber¹⁰⁵, que reconhece no esforço humano — especialmente no trabalho — a fonte de seu bem-estar, em oposição ao antigo fatalismo da concepção preponderante na Idade Média.

A respeito do assunto, Touraine elucidou que a secularização e o erigir da razão ao primeiro plano manifestaram a propagada ruptura com o finalismo do espírito

¹⁰⁰ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução de Carmen Grisci *et al.*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 109.

¹⁰¹ DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22^a ed. Paris: Larousse, 1978, p. 10.

¹⁰² GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 20.

¹⁰³ KEPPE, Norberto R. **A libertação pelo conhecimento: a idade da razão**. 2^a ed. São Paulo: Proton Editora, 2001, p.13.

¹⁰⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 44. SALUPPO, Alessandro. Fascism as a semantic void into the meta-narrative of rational modernity. In: **A Review of General Semantics**. Disponível em: Academic Search Premier, Ipswich, 2012, p. 395. Acesso em 20 out. 2013.

¹⁰⁵ WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do capitalismo**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

religioso — consagrado na Idade Média — e caracterizaram o movimento moderno¹⁰⁶, em que se sustentava que o desenvolvimento de cada ser humano dependia dele próprio, não mais da vontade divina.

A razão, portanto, era vista pelos modernos como o novo elemento fundante e o necessário elo de ruptura com o período medieval¹⁰⁷. Defendia-se na Modernidade, o alçar da racionalidade ao patamar de elemento central não somente da produção científica como também da própria sociedade, em substituição à figura de Deus¹⁰⁸.

Conforme explica Thompson, a Modernidade substituiu a consciência religiosa e mística pela consciência prática pautada pelo sistema de crenças seculares¹⁰⁹. Deste modo, a humanidade voltaria a trazer luzes ao mundo por meio da produção científica oriunda de seu próprio intelecto e não mais por intermédio de um ser metafísico que desvendaria e resolveria os mistérios da vida¹¹⁰.

Ainda sobre a centralidade da ideia de razão e o seu significado para os modernos, Touraine explicou que a razão serviu de fundamento para todo o pensamento moderno e “substituiu a arbitrariedade e a violência pelo Estado de Direito e pelo mercado”¹¹¹. Eis a propaganda racionalização da sociedade na Idade Moderna, pela qual se buscou a reformulação da ordem social, propugnando-se a total superação e desvinculação da antiga ordem medieval.

Observe-se, assim, que a centralidade do elemento racional veio também como forma de romper com antigos privilégios e discriminações que, não raramente,

¹⁰⁶ TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 17.

¹⁰⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 51.

¹⁰⁸ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 20.

¹⁰⁹ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução de Carmen Grisci *et all*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 106.

¹¹⁰ HANSEN, Gilson Luiz. O Positivismo como expressão das insuficiências do paradigma da subjetividade. In: CENCI, Angelo (Org.). **Ética, Racionalidade e Modernidade**. Passo Fundo: Ediupf, 1996, p. 129.

¹¹¹ TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 9

possuíam como justificativa exclusiva a vontade divina e serviam de ferramenta para a manutenção do *status quo* preponderante no período medieval¹¹².

Em outras palavras, o ideal moderno de substituição das justificativas metafísicas pela racionalidade foi também fruto do inconformismo com a antiga concessão de privilégios, que, de fato, não resistia a qualquer análise empírico-racional, mas que encontrava o fundamento suficiente na vontade divina, até a ruptura moderna.

Deixando a vontade transcendental excluída da possibilidade de justificação do direito, da ciência e de tudo que envolvia a sociedade, somente haveria como se sustentar a política, a ciência, o direito e todos os aspectos da vida por intermédio de uma ferramenta que, presumidamente, era comum a todas as pessoas: a razão¹¹³.

Portanto, na Modernidade, acreditava-se que a substituição da figura de Deus pela noção de razão seria capaz de tornar a própria sociedade mais justa, vez que a concepção de razão era comum a todos os seres humanos e, por intermédio dela, todos poderiam voltar a viver num período de prosperidade, que conduziria à felicidade geral¹¹⁴, sem privilégios de origem transcendental. Tratava-se da propaganda de descontinuidade histórica¹¹⁵.

Acreditava-se que seria por intermédio da racionalidade que o indivíduo deixaria seu estado primitivo¹¹⁶, passaria a produzir conhecimento¹¹⁷ e viveria em um mundo que efetivamente pudesse ser justo e igualitário. Para o pensamento moderno, a catarse do ser humano se operava por intermédio da ferramenta da razão¹¹⁸. Com efeito, a partir destas concepções, é possível identificar os motivos pelos quais a razão era adjetivada pelos modernos como emancipadora.

¹¹² THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução de Carmen Grisci *et al.*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 107.

¹¹³ ALVAREZ, Alexandre; FLACH, M. Jacques. **Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil**. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1904, p. 06.

¹¹⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 40.

¹¹⁵ LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978, p. 71.

¹¹⁶ DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22^a ed. Paris: Larousse, 1978, p. 10.

¹¹⁷ ROUANET, Sergio Paulo. **Mal Estar na Modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 14.

¹¹⁸ Sobre a crítica a esta concepção ver: THIELEN, Helmut. **Além da Modernidade: para a globalização de uma esperança conscientizada**. Petrópolis: Vozes, p.56.

Com este apogeu do racionalismo, os modernos rejeitavam qualquer justificativa de origem metafísica e asseveravam que as respostas somente poderiam ser obtidas com o instrumental da razão¹¹⁹. Preferencialmente, desejavam, ainda, que o conhecimento fosse empiricamente demonstrável para deixar o menor campo de discricionariedade possível para interpretações que fossem para além da racionalidade comum a qualquer ser humano, como explicado por Descartes¹²⁰.

A ruptura moderna pautada na concepção de que a racionalidade era o fator que distingue o homem, que o faz capaz de extrair das coisas o seu verdadeiro significado e que o torna apto a obter o conhecimento¹²¹, alçou a racionalidade e o indivíduo a um patamar de centralidade em toda a sociedade moderna¹²².

Assim, a ruptura da Modernidade com os pressupostos medievais, mormente com as justificativas transcendentais, expressou-se como forma de extrema desconfiança com as autoridades do medievo e manifestava a intenção de modificação da ordem social¹²³.

Estes objetivos de reforma, de reordenamento social e de racionalização de todos os aspectos da vida humana ficam bastante evidentes quando se observa um dos grandes marcos da produção intelectual moderna e que foi fruto deste contexto histórico: a codificação do direito.

¹¹⁹STEINER, Philippe. **A Sociologia Econômica**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33.

¹²⁰DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22ª ed. Paris: Larousse, 1978, p.11.

¹²¹SIMON, Herbert A. **Models of Man: Social and Rational**. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956, p. 196-197.

¹²²GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 19.

¹²³ALVAREZ, Alexandre; FLACH, M. Jacques. **Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil**. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1904, p. 05.

1.3 O IDEAL MODERNO DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO

Como não poderia deixar de ser, o direito não foi excluído da radical transformação que marcou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna e a noção de codificação em muito retrata a tentativa dos modernos racionalizarem todos os aspectos da vida humana.

A busca pela coerência sistemática e que compreendesse a realidade como um todo, característica dos códigos modernos, foi um importante reflexo da guinada racional moderna e expressa a impossibilidade de se dissociar o nascimento da codificação do contexto histórico que permeou o movimento codificador.

O racionalismo na área jurídica foi reflexo da consolidação do paradigma moderno. Buscou-se a justificação da ordem jurídica pela razão, com o emprego de um método rígido. Almejava-se a sistematização do ordenamento jurídico¹²⁴, tal qual havia nas ciências exatas¹²⁵.

Neste sentido, houve na Modernidade uma ascendente influência das ciências exatas no direito, em especial consubstanciada na crença moderna de ser possível criar um ordenamento jurídico em que fosse o bastante racionalizar dentro do próprio sistema para se chegar a todas as respostas necessárias¹²⁶, desde que seguido o método adequado¹²⁷. Objetivava-se a criação de um modelo axiomático para o direito.

Os modernos buscavam no direito um conhecimento advindo de um método rigoroso¹²⁸. Tratava-se, afinal, do espírito norteador da Modernidade: objetivar o direito para torná-lo essencialmente racional e pretensamente mais igualitário do que no

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 336.

¹²⁵ WHITEHEAD, Alfred North. **A Função da Razão**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p.29.

¹²⁶ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 21.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 121.

¹²⁸ DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22ª ed. Paris: Larousse, 1978, p. 11.

período medieval, ao alcance da compreensão de todas as pessoas (vez que todas possuíam ínsita a essência da racionalidade)¹²⁹.

Assim, o racionalismo jurídico buscou laicizar o pensamento no direito, racionalizando os fundamentos das explicações dos fenômenos em todos os campos de análise¹³⁰. Este afastamento da tradição religiosa serviu como meio para se sustentar uma grande transformação social a ser produzida pela nova era (moderna).

À luz deste contexto, o nascente direito moderno caracterizava-se como uma luta contra o sistema medieval, de submissão à tradição e aos costumes e pautado na vontade divina¹³¹. Lembre-se que a Modernidade acreditava na racionalidade ilimitada do sujeito¹³², com a supervalorização da figura do ser humano¹³³, buscando substituir a justificativa divina pela justificativa racional para a fundamentação do direito¹³⁴.

Os modernos buscavam produzir um direito sistêmico que fosse explicado por sua própria lógica interna, sem haver a necessidade de ligação com outras ciências ou métodos de estudo¹³⁵. A racionalidade ilimitada do sujeito possibilitaria alcançar este objetivo, vez que tudo poderia ser sistematizado e abrangido de forma satisfatória.

O racionalismo jurídico moderno defendia ser necessária, sobretudo, a unificação de raciocínios e ordenamentos, já que a racionalidade ilimitada do sujeito garantiria a perfeição e completude da obra humana. Ademais, havia grande preocupação com qualquer fator que fugisse à lógica racional sistematizada para se evitar justificativas transcendentais, tal qual ocorria na Idade Média.

¹²⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 26-27.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 04.

¹³¹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

¹³² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 20.

¹³³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 07.

¹³⁴ ROUANET, Sergio Paulo. **Mal Estar na Modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 14.

¹³⁵ ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique: où va la Sociologie du Droit?** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, p. 23.

Como consequência, foi reflexo, desse modelo de pensamento e deste contexto histórico, a formação de um direito intimista na Modernidade, ou seja, os modernos buscaram formar um ordenamento jurídico voltado única e exclusivamente para dentro dele mesmo¹³⁶, aos moldes de um sistema completamente hermético.

E, para a formação deste direito intimista, nada melhor do que a concepção de uma obra jurídica única, completa, pretensamente reformadora e imutável¹³⁷. Uma obra que ao mesmo tempo representasse a quebra do paradigma medieval e ilustrasse o resplandecer do homem e da razão: os códigos.

Assim, para romper com a estrutura medieval até então prevalecente, os pensadores da Modernidade sistematizaram o direito e seu estudo, o que veio a culminar nas codificações dos séculos XIX¹³⁸, forma de combate às raízes medievais¹³⁹ e de consagração do novo paradigma.

A imagem do direito codificado foi fruto de uma sociedade que se pretendia unitária e igualitária¹⁴⁰, guiada sob o ideal de ser possível contemplar objetiva, taxativa e perfeitamente todas as atividades praticadas pelo homem, a fim de propiciar o desenvolvimento da sociedade¹⁴¹.

No campo jurídico, como visto, era essencialmente nobre o objetivo dos modernos porque o ideal de centralidade da racionalidade vinha, ao menos em parte, para tentar igualar os indivíduos¹⁴² e acabar com indevidas discriminações e

¹³⁶ STRECK, Lênio Luiz. O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (org). **Processo Penal, Constituição e Crítica. Estudos em homenagem ao Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 445.

¹³⁷ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 17.

¹³⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

¹³⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 27.

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528.

¹⁴¹ Reflexo desta concepção é a noção de imutabilidade dos contatos. A respeito, ver: GOMES, Orlando. **Contratos**. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 07.

¹⁴² GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p.41. AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 997.

concessões de privilégios a membros do clero e da nobreza.

Van Kan explica que a codificação, como expressão do modelo racionalista que se tentava consagrar no direito, foi um meio de melhoramento da ordem jurídica para acabar com a confusão, com a diversidade e com a insegurança que tomaram conta na Idade Média¹⁴³.

Conforme exposto, foi na ideia de racionalidade que se centrou toda a teoria jurídica moderna, sustentando-se que era a luz da razão que iluminava as obras humanas. Defendia-se, ainda, que os fundamentos deveriam estar ao alcance de todos¹⁴⁴, não a poucos iluminados. Estes foram os sustentáculos da nascente codificação na modernidade.

Nesta esteira, Montesquieu defendia que as leis deveriam estar ao alcance da compreensão de um pai de família¹⁴⁵ e este foi o espírito do direito moderno, norteador das codificações que o caracterizaram. O código trazia consigo esta concepção de facilitador do acesso ao direito por meio de uma obra unitária e, por força do seu ideal racionalista, presumia-se compreensível a qualquer sujeito.

Como analisado, os pensadores na Modernidade objetivaram desenvolver um sistema que propiciasse a segurança jurídica, por meio da interpretação de um conjunto de axiomas logicamente concatenados, à semelhança do tradicional estudo das ciências exatas, dentro de um corpo normativo unitário que conseguisse abranger a realidade como um todo. Tal fechamento estrutural servia como mecanismo de autodefesa para a própria sociedade, já que evitaria influências ou intermediações interpretativas, tais quais havia na Idade Média.

A concepção de código era compreendida como mais do que um complexo conjunto de leis. O código era compreendido pela Modernidade como um complexo

¹⁴³ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 174.

¹⁴⁴ TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 222.

¹⁴⁵ MONTESQUIEU, Charles de. **De l'esprit des lois**. Tome premier. Paris: 1990, p. 10.

normativo dotado de um espírito sistêmico e de totalidade¹⁴⁶, representativo de uma renovação política e ideológica, que aspirava parar o curso da história, por meio de sua consagração¹⁴⁷. A sistematização se encontrava, especialmente, neste objetivo do código conter todas as soluções.

Reflexamente à característica da sistematicidade, os modernos sustentavam a não aceitação de múltiplas fontes originárias do direito — que eram aceitas na Idade Média — passando-se a ter no Estado o único ente legitimado para a emanação das leis¹⁴⁸.

Importante observar que na Modernidade passou-se a conceber o código como instrumento para abrigar unicamente as disposições legislativas oriundas do Estado e não mais também a doutrina e a jurisprudência como acontecia em obras anteriores chamadas de código¹⁴⁹. Outrossim, o instrumento do direito codificado servia, com muita utilidade, para esta concentração do poder de criação do direito pelo Estado.

A constatação de que os códigos modernos foram os primeiros a abrigar unicamente as disposições legislativas é uma clara representação do contexto histórico da Idade Moderna, em que os Estados Nacionais buscavam se fortalecer e em que passaram, pouco a pouco, a serem vistos como os únicos entes legitimados a emanar as leis¹⁵⁰.

A partir do momento em que se reconheceu o Estado como único legitimado para ditar o direito e sendo os códigos a expressão máxima do racionalismo jurídico que se buscava consolidar, as obras codificadas, rapidamente, sob a égide do paradigma moderno, ganharam o patamar de centro do ordenamento jurídico¹⁵¹.

¹⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. In: **Revista de Direito Brasileira**. v. 1, jul. 2011, p. 101. Disponível em: Revista dos Tribunais Online. Acesso em 25 out. 2013.

¹⁴⁷ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 09.

¹⁴⁸ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 03

¹⁴⁹ VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, p. 233.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421.

¹⁵¹ AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 997.

O código, na Modernidade, apresentou-se como meio de conciliar a noção emergente de Estado com a unificação do direito, mediante o surgimento de um direito nacional uniforme que pretendia disciplinar o Estado Nacional em sua totalidade e de maneira coesa¹⁵².

O pensamento codificador foi fruto do pensamento racionalista que o precedeu e o fundamentou. Conforme aponta Amaral, a mais importante contribuição do racionalismo para o direito foi o aporte da noção de sistema¹⁵³, que trouxe consigo os sentidos de unidade, organização, simplificação e coesão do direito¹⁵⁴ que, em última análise, contribuem para a própria segurança fornecida pelo ordenamento jurídico.

O pensamento moderno possuía uma lógica muito bem definida: a lei era a vontade geral e como essa vontade geral não poderia ser injusta consigo mesma, a justiça se encontrava nas próprias leis¹⁵⁵. Estas leis, por sua vez, caso estivessem agrupadas em um único corpo que conseguisse trazer um ambiente sistêmico, poderiam ser facilmente consultadas por qualquer pessoa, de modo a disseminar o conhecimento do direito a todos os cidadãos.

Conforme explica Ferrajoli e acima referenciado, durante a Idade Média não prevalecia a concepção de que apenas um ente seria legitimado para emanar as leis¹⁵⁶. O autor explica que, por mais que houvesse fontes estatutárias no período medieval, essas eram variadas e se reportavam a instituições distintas e concorrentes entre si, sem que nenhuma delas possuísse o monopólio da produção jurídica¹⁵⁷.

¹⁵² JUSTO, António dos Santos. **O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 27.

¹⁵³ AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 996.

¹⁵⁴ FONSECA, António Cezar Lima da. O Código Civil Francês, Origens e Sistemas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 816.

¹⁵⁵ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 486.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 419.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 419.

Segundo Van Kan, foi na fase final da Idade Média que os franceses começaram a despender maior atenção a respeito da importância nacional de se colocar por escrito as normas jurídicas e de se criar um corpo jurídico que pudesse abrigá-las de modo uniforme no território nacional¹⁵⁸.

Nesta esteira, foi justamente a partir da análise da necessidade de reunião das normas e de sistematização do ordenamento jurídico que se fortaleceram na Europa, especialmente na França, os ideais que vieram a culminar nos códigos modernos e no consequente reconhecimento do Estado como único legitimado a emanar as leis.

Havia na codificação francesa — e nas codificações europeias como um todo, como se percebe, por exemplo, da clássica discussão entre Savigny e Thibaut¹⁵⁹ — um forte caráter de fortalecimento da unidade política do país¹⁶⁰ que, até pouco tempo antes do Código Civil, chegou a ter diferentes direitos (romano e canônico) vigendo ao mesmo tempo dentro do mesmo Estado Nacional¹⁶¹.

Neste sentido, Gordley e Mehren observam que, no final do Século XVIII, a França continuava com regimes jurídicos tão diversos quanto no início do Século XV¹⁶², o que evidenciava a necessidade política e social que os franceses tinham de sistematizar e instaurar um novo modelo de ordem jurídica, a fim de propiciar a almejada unidade política francesa.

O Código Civil Francês de 1804, em pleno auge dos ideais modernos, figura como representação máxima do ideal codificador¹⁶³. O *Code* foi a primeira tentativa de sistematização que continha consigo a pretensão de substancial reforma da ordem até

¹⁵⁸ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 174.

¹⁵⁹ Thibaut defendia a codificação afirmando que seria necessária para a unificação da Alemanha. Ver: THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de un derecho civil general para alemania. In: STERN, Jacques. **Thibaut y Savigny. Codification: una controversia programatica basada em sus obras**. Tradução de Jose Dias Garcia. Madrid: Aguilar, 1970, p. 5.

¹⁶⁰ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification em France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 176.

¹⁶¹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 52.

¹⁶² GORDLEY, James; Mehren, Arthur Taylor Von. **An Introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 46.

¹⁶³ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 17.

então vigente. Não se buscou a simples consolidação de normas, mas a formação de um sistema coeso¹⁶⁴ e com forte caráter de inovação¹⁶⁵, ainda que não declarado, vez que se tentava equilibrar as noções de reforma e segurança¹⁶⁶.

A codificação foi um objetivo dos racionalistas. O código está vinculado a um contexto em que se exalta a figura do indivíduo¹⁶⁷ e em que se acredita na racionalidade ilimitada do sujeito, capaz de ditar seu próprio caminho por meio de escolhas racionais.

Buscava-se a construção de um sistema jurídico em que os princípios norteadores seriam produtos da razão¹⁶⁸, em substituição às justificações essencialmente teológicas características da Idade Média¹⁶⁹. As codificações, indubitavelmente, foram produto de seu tempo e a expressão da sociedade racionalista moderna¹⁷⁰. Buscava-se, como assevera Martins-Costa, um sistema “racionalmente compreensível e racionalmente demonstrável”¹⁷¹.

Propugnava-se a superação do *ius commune* (consagrado na Modernidade) pelo Direito codificado, capaz de fornecer todas as respostas necessárias dentro de um único diploma normativo¹⁷². Buscava-se ter um código completo, claro e coerente.

Neste sentido, a codificação era inspirada em três fatores principais: simplificação, uniformidade e segurança jurídica¹⁷³. Simplificação para possibilitar o

¹⁶⁴ NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 177.

¹⁶⁵ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 174.

¹⁶⁶ TIMSIT, Gérard. **Archipel de la Norme**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 147.

¹⁶⁷ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 484.

¹⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 253.

¹⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

¹⁷⁰ EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e Teoria dos Sistemas de Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 125.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. **O sistema na codificação civil brasileira. De Leibniz a Teixeira de Freitas**. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/550/436>, acesso em 24 ago. 2013, p. 92.

¹⁷² MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456.

conhecimento do direito a todos. Uniformidade para garantir a todos uma aplicação igualitária do direito. Segurança jurídica para a tutela de todos, sem deixar espaço para indevidos particularismos ou teorias fatalistas que justificassem indevidas discriminações.

Oppetit sintetiza o espírito das codificações ao afirmar que o código é mais do que um simples conjunto de leis, já que traz consigo a sistematicidade e o ideal de totalidade, buscando parar o curso da história¹⁷⁴. Nada mais próximo da noção de racionalidade absoluta do sujeito e da concepção de auge da história¹⁷⁵.

Assim, o código moderno, mais do que uma simples consolidação, constituía-se num corpo normativo que visava a instaurar um novo paradigma, em radical oposição à ordem jurídica medieval, em especial ao *ius commune* e sua marcante descentralização¹⁷⁶.

Com os códigos, consagravam-se os ideais de sistematização, de monopólio do Estado na produção legislativa e, evidenciava-se a ruptura com a ordem jurídica até então vigente. Segundo Timsit, a passagem do *ius commune* para a era das codificações era a passagem da desordem para a ordem clássica e racional¹⁷⁷.

Nesta esteira, o movimento codificador apresentava manifesto desprezo pela tradição, repudiando a fonte consuetudinária ou não estatal, e sustentando o império da lei como fonte do Direito¹⁷⁸. A mudança do *ius mercatorum* para o Direito Comercial codificado é um claro reflexo disso, tema adiante analisado.

Ao comparar as intenções dos codificadores, Van Kan conclui que a codificação se caracterizou como a tentativa de abordagem total do direito que buscava simplificá-lo, uniformizá-lo e conferir segurança jurídica à sociedade, ao mesmo tempo

¹⁷³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 336.

¹⁷⁴ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 8.

¹⁷⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 40.

¹⁷⁶ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra Ed. Coimbra, 2003, p. 17.

¹⁷⁷ TIMSIT, Gérard. **Archipel de la Norme**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 147.

¹⁷⁸ JUSTO, António dos Santos. **O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 27.

em que visava a reformar o direito, acelerar a unidade política e assegurar a notoriedade do legislador¹⁷⁹.

Com efeito, a partir da análise dos ideais e das concepções setecentistas e oitocentistas, parecia particularmente evidente aos modernos que fosse possível criar um ordenamento jurídico essencialmente hermético e perfeito¹⁸⁰, já que à luz do pensamento centrado essencialmente na figura do ser humano, em que se acreditava na perfeição e completude de suas obras, não havia dúvidas a respeito da possibilidade de se criar um conjunto coeso e suficiente de normas¹⁸¹.

Desde as criações modernas, tornaram-se muito comuns as obras que codificaram o direito, não somente na Europa como também na América. O fato é que as tentativas de codificação do direito empresarial remeteram a fatores que merecem ser analisados separadamente, num contexto próprio, vez que a regulação da atividade empresarial sempre traz o embate entre a liberdade de iniciativa e a regulamentação estatal das operações empresariais, como se observará adiante.

¹⁷⁹ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 176.

¹⁸⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 92.

¹⁸¹ JUSTO, António dos Santos. **O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 27.

2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO COMERCIAL, ESTADO E CODIFICAÇÃO NO COTEJO COM A INTERFERÊNCIA ESTATAL NA IDADE MÉDIA E NA IDADE MODERNA

Consoante mencionado no primeiro capítulo da presente dissertação¹⁸², o *ius mercatorum*, nomenclatura originária do direito comercial¹⁸³, nasceu no período denominado pela historiografia de Idade Média¹⁸⁴ e se tratou de uma obra típica de seu tempo.

Ascarelli, Escarra, Bonnacarrère e Laborde-Lacoste especificam que a origem da disciplina comercialista ocorreu na Itália¹⁸⁵, no Século XII¹⁸⁶ e foi fruto do conjunto de esforços empreendido pelos comerciantes nas corporações de ofício¹⁸⁷.

A luz do contexto medieval dentro do qual foi originado, o *ius mercatorum* apresentou como características marcantes o fato de ter sido (i) concebido pelos próprios comerciantes¹⁸⁸, alheio à influência e ao controle do ente estatal¹⁸⁹, e (ii) por ter prescindido da legitimação do Estado para que pudesse fazer valer sua construção normativa¹⁹⁰, ao menos no primeiro momento¹⁹¹.

Conforme igualmente já abordado¹⁹² — este assunto com maior ênfase — a estrutura medieval descentralizada e fragmentada favorecia a existência de diferentes

¹⁸² Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

¹⁸³ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 4.

¹⁸⁴ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 9.

¹⁸⁵ BONNACARRÈRE, P; LABORDE-LACOSTE, M. **Exposé Méthodique de Droit Commercial**. 3ª ed. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946, p. 02.

¹⁸⁶ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 8.

¹⁸⁷ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8. NEVES, Edson Alvisi. **Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o Tribunal de Comércio**. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro, 2008, p. 135.

¹⁸⁸ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 37.

¹⁸⁹ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 9.

¹⁹⁰ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

¹⁹¹ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 9.

¹⁹² Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

direitos vigendo ao mesmo tempo sobre as mesmas pessoas e sobre o mesmo Estado¹⁹³.

Desta forma, na Idade Média a noção de um direito paraestatal, como o direito comercial em sua origem, não representava o rompimento da lógica até então predominante. Pelo contrário, vez que a pluralidade de fontes das quais se emanava o direito era característica do modelo medieval¹⁹⁴, dentro do qual foi oriundo e reflexo o *ius mercatorum*.

Séculos mais tarde, na Idade Moderna, o direito comercial passou por grande transformação, tal qual a radical mudança na maneira de se pensar a ciência e o direito¹⁹⁵, que refletiu, dentre muitos outros efeitos, na codificação da disciplina comercialista na Modernidade¹⁹⁶.

Neste novo contexto, o direito comercial moderno não somente ganhou uma nova formatação, por meio da codificação típica do racionalismo da Modernidade¹⁹⁷, como também assumiu uma nova expressão de conteúdo, deixando de tutelar exclusivamente os interesses da classe comerciante¹⁹⁸, em oposição à característica classista marcante na disciplina do direito comercial medieval¹⁹⁹.

Como se verificará adiante, o surgimento do Código Comercial Francês de 1807, grande marco do direito comercial moderno, foi decorrente, em expressiva medida, de necessidades estatais, ao invés de se tratar unicamente de resposta às necessidades privadas (dos comerciantes), como seria possível se supor caso tomadas

¹⁹³ GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An Introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 46.

¹⁹⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

¹⁹⁵ Como se verá adiante, a substituição da lógica teológica pela racionalista capitalista produziu relevantes efeitos sobre a disciplina do direito comercial. A respeito ver: MENDONÇA, Álvaro. **Apontamentos de Direito Comercial**. São Paulo: Off. Graphics Monteiro Lobato & co, 1923, p. 8.

¹⁹⁶ Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

¹⁹⁷ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra Ed. Coimbra, 2003, p. 17.

¹⁹⁸ ANAYA, Jaime Luis. El legado del Código de Comercio Francés. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.29.

¹⁹⁹ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p.07.

como parâmetro a realidade medieval e as razões que levaram à origem do *ius mercatorum*.

Assim, o direito comercial na Modernidade assumiu conteúdo diferente do regimento legal mercantil que prevaleceu no período histórico anterior, vez que houve o afastamento da noção de um direito voltado somente para a tutela das necessidades da classe mercantil (que, repete-se, foi o substrato da criação do direito comercial na Idade Média), passando-se a reconhecer a instrumentalidade deste ramo do direito também para a tutela dos interesses do ente estatal, em especial como forma de expressar a função corretiva do Estado sobre o mercado, como se verá a seguir.

Neste sentido, ao passo em que se verifica a mudança paradigmática no que tange à formalização e ao conteúdo do direito comercial na comparação entre a disciplina comercialista na Idade Média e na Idade Moderna, nota-se também que na Modernidade houve a aproximação do Estado com o próprio exercício da atividade da mercancia, em processo histórico iniciado ao final do período medieval e que alterou completamente o rumo da disciplina, como será analisado a seguir.

Com efeito, fazendo o último salto histórico a título introdutório, aponta-se que no Século XX a disciplina comercialista passou por nova importante transformação, assumindo diferente configuração que a aproximou ainda mais dos interesses do ente estatal se comparada às pretéritas expressões da disciplina nos anteriores e diversos contextos históricos.

A supracitada vinculação ainda maior entre direito comercial e Estado evidenciou-se a partir da entrada em vigor do Código Civil Italiano de 1942 e da conseqüente consagração da Teoria da Empresa, com a aproximação das finalidades do direito comercial aos objetivos do ente estatal.

Será analisado que a vinculação entre a disciplina comercialista e os objetivos do Estado se deu também por motivação ideológica. Isto porque, no momento histórico de consagração do fascismo na Itália, mais do que simplesmente aproximar os interesses da mercancia aos interesses do Estado, o ente estatal organizou o direito comercial de modo a servir de instrumento para atingir finalidades específicas determinadas pelo governo italiano. Destarte, a relação entre direito comercial e Estado

assumiu nova configuração na década de 1940, sem precedentes na história, como será observado detidamente no terceiro capítulo da dissertação, mas cujas bases de análise serão extraídas do presente capítulo.

A partir deste breve introito acerca das sucessivas transformações pelas quais passou o direito comercial na fase de sua origem e de sua codificação, verifica-se que a disciplina comercialista não se manteve imune às diferenças no ambiente institucional em que esteve inserida ao longo do tempo, vez que foi consequência dos distintos contextos históricos ao qual pertenceu.

Não houve uma linearidade na disciplina e tampouco pode ser apontado um suposto crescimento ou melhoramento como se a história do direito comercial alcançasse o seu ápice com a codificação moderna ou no presente momento com a Teoria da Empresa²⁰⁰. Houve, tão simplesmente, alterações na forma e no conteúdo do direito comercial, como reflexo das distinções dos contextos históricos em que esteve inserido.

Com base nos elementos supracitados e em especial na relevância do ambiente institucional no desenvolvimento das fases originária e codificada do direito comercial, buscar-se-á analisar a relação existente entre a disciplina comercialista e a interferência do Estado neste ramo do direito.

Objetiva-se, com essa abordagem, aquilatar como a relação entre o ente estatal e o direito comercial influenciou na maneira como se expressou formal e materialmente a disciplina no transcorrer das eras medieval e moderna para que, após, no terceiro capítulo, seja perquirido o atual estágio de interação entre a disciplina comercialista e o ente estatal, à luz da Teoria da Empresa e de possível interpretação a respeito da ideia de codificação contemporânea.

Muitos poderiam ser os enfoques para o desenvolvimento da pretendida análise, até mesmo por força da grande abrangência que possibilita. Por opção metodológica — e, em especial, pela impossibilidade de se contemplar

²⁰⁰ A respeito da crítica ao modelo moderno de compreensão da história como algo cumulativo, ver a análise realizada na seguinte obra: LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 23 e 24.

satisfatoriamente a realidade como um todo²⁰¹ — não se pretende fazer abordagem exaustiva a respeito dos contextos históricos e, tampouco, analisar profundamente os principais diplomas normativos que regeram os princípios e regras comerciais ao longo do tempo.

Assim, o enfoque deste segundo capítulo será restrito à compreensão de como a relação entre o Estado e o direito comercial influenciou na expressão deste ramo do direito, tanto no aspecto formal quanto material, restringindo-se a um panorama geral e à identificação dos fatores que aproximaram ou distanciaram Estado e direito comercial à época (i) do surgimento do *ius mercatorum*, na Idade Média e (ii) da iniciativa codificadora francesa do Século XIX, na Idade Moderna.

2.1 DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO COMERCIAL E ESTADO À ÉPOCA DO NASCIMENTO DO *IUS MERCATORUM*

Conforme previamente exposto na presente dissertação²⁰², o contexto medieval foi caracterizado pela insegurança jurídica e social, pela fraqueza do ente estatal, pela pluralidade de fontes do direito, pela influência da igreja em todos os setores da sociedade e pela desvinculação entre Estado e produção normativa.

Neste contexto originou-se o direito comercial²⁰³, com idiosincrasias na formalização e no conteúdo da disciplina que remetem à supracitada configuração política, social, econômica, religiosa e jurídica característica do medievo, a qual não encontra correspondência em outros períodos históricos.

Dentre os fatores que interferiram no surgimento e na primeira configuração assumida pelo direito comercial, a falta de interação entre a disciplina comercialista e o

²⁰¹ SIMON, Herbert A. **Models of Man. Social and Rational**. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956, p. 197. EARL, Peter E. **Behavioural Economics**. Bath: Edward Elgar Publishing Limited, 1988, p.3-4.

²⁰² Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

²⁰³ A respeito do surgimento do direito comercial ter se dado apenas na Idade Média, ver: ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955 e GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 25.

Estado apresenta os componentes mais claros de relevância sobre a forma (paraestatal) e o conteúdo (para contemplar os interesses, unicamente, dos próprios comerciantes) apresentados na primeira fase da disciplina.

A respeito do assunto, Galgano observou que o Estado Medieval não guardava semelhança com a concepção de Estado que posteriormente foi consagrada na Idade Moderna e que continua prevalecendo na atualidade, adjetivado pelo autor como capitalista²⁰⁴.

Galgano explicou que na Idade Média, o ente estatal não apresentava condições sequer de exercer o seu poder coercitivo e tampouco de garantir a possibilidade de acumulação de bens aos sujeitos, tamanha a inexpressividade e as carências de poder e de estrutura que caracterizou o Estado, bem como o pouco estímulo que havia para a atividade econômica no medievo²⁰⁵.

Por força desta peculiar estrutura estatal na Idade Média, a atividade mercantil não era tutelada pelo poder público, já que o próprio Estado não conseguia exercer seu poder de maneira efetiva sobre o território, pois não contava com força ou aparato nem mesmo para garantir a acumulação de bens pelas pessoas.

Nesta esteira, além desta peculiar estrutura estatal, que não era capaz de aportar segurança para o desenvolvimento da atividade mercantil, a (i) vigência de um sistema feudal baseado em pouquíssimas trocas²⁰⁶, a (ii) prevalência de uma economia que se restringia ao intercâmbio de mercadorias dentro da mesma região²⁰⁷ e (iii) a existência de diferentes direitos vigendo ao mesmo tempo sobre o mesmo Estado²⁰⁸, eram fatores que corroboravam o cenário que inviabilizava o bom andamento da mercancia.

Ademais, consoante explicado por Álvares, os comerciantes ainda tinham de lutar contra a acentuada influência da igreja, visto que esta condenava, vigorosamente,

²⁰⁴ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 34.

²⁰⁵ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 34.

²⁰⁶ BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07.

²⁰⁷ HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; JAUFFRET, Alfred. **Droit Commercial**. Tome I. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1980, p.79.

²⁰⁸ MORANDIÈRE, León Julliot de la; RODIÈRE, René; HOUIN, Roger. **Droit Commercial**. Tome I. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1962, p. 5.

a busca pelo lucro no exercício de qualquer atividade econômica²⁰⁹. E, conforme explicado no primeiro capítulo²¹⁰, a igreja era o grande sustentáculo do poder na Idade Média, de modo que sua rejeição à essência básica do comércio (lucro) completava o nefasto cenário medieval ao exercício da mercancia.

A luz deste terrível contexto, em que as condições para o desenvolvimento do comércio se encontravam bastante comprometidas, a doutrina é uníssona ao apontar que o período medieval era nefasto à atividade comercial²¹¹. Autores como Galgano, Boistel, Gist e Halbert chegam a afirmar que havia risco iminente de completa extinção da classe mercantil no medievo, pois, por longo período, não havia condições mínimas para o desempenho da atividade, especialmente na Alta Idade Média²¹².

Nada obstante, é curiosa a constatação de que o conjunto das supracitadas características medievais adversas ao exercício da mercancia — em especial a fraqueza do ente estatal — ao mesmo tempo em que foi determinante para a existência de um longo período tenebroso para a atividade mercantil, acabou servindo como força propulsora para a origem do direito comercial e para sua configuração inicial.

Esta constatação é observada, em primeiro lugar, a partir do fato de que em decorrência das dificuldades encontradas pelos comerciantes para o desenvolvimento de suas atividades, pouco a pouco, a classe mercantil começou a reunir forças por meio das chamadas corporações de ofício²¹³.

Conforme explicam Vivante, Bonnacarrère e Laborde-Lacoste, as supracitadas corporações eram organizações em que os mercadores compartilhavam experiências,

²⁰⁹ ÁLVARES, Walter T. **Direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 68.

²¹⁰ Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

²¹¹ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 29. BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07. GIST, Noel P.; HALBERT, L. A. **A cidade e o homem**. Tradução de Manuel Campos. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 32. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**: introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. v. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.

²¹² No original, a assertiva de Galgano foi: "l'antica classe mercantile si era estinta alle soglie del periodo feudale, in un'Europa privata di sbocchi commerciali esterni; per tutto l'alto Medioevo la vita economica si era chiusa all'interno delle proprietà feudali". (GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 29). Também no original, a frase de Boistel: "le commerce terrestre resta presque nul jusqu'à l'émancipation des communes". (BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07).

²¹³ ESCARRA, Jean. **Principes de Droit Commercial**. Tome I. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1934, p. 12.

métodos e costumes da atividade mercantil²¹⁴ e, paulatinamente, foram assumindo relevância no cenário econômico debilitado e no contexto político fragmentado do período medieval²¹⁵.

A respeito do assunto, Álvares afirma que as corporações atuavam em defesa dos direitos de seus associados e buscavam fazer uma orientação geral a respeito da harmonização dos interesses dos comerciantes nas relações celebradas entre eles²¹⁶. Vivante complementa que as corporações nasceram para que os comerciantes pudessem se defender contra os abusos dos poderosos²¹⁷.

Deste modo, a classe comerciante que se encontrava enfraquecida e que passava por momento difícil para o exercício de sua atividade há bastante tempo, buscava, pouco a pouco, retomar seu poderio, por meio da reunião de esforços e, sobretudo, pela unificação de práticas nas corporações de ofício para que a mercancia voltasse a ter condições de se desenvolver²¹⁸.

Com efeito, a respeito da interface entre as corporações de ofício e o Estado, Escarra explica que a constituição e o posterior fortalecimento das corporações tiveram como força motriz, justamente, a desordem política e administrativa que marcou o sistema medieval e que era nefasta para o exercício da mercancia²¹⁹.

É neste sentido que Galgano²²⁰ e Ascarelli²²¹ explicam que a organização da classe mercantil constituía-se em reflexo do contexto medieval e serviu como mecanismo para que os comerciantes da época pudessem desenvolver adequadamente a atividade comercial.

²¹⁴ BONNECARRÉRE, P; LABORDE-LACOSTE, M. **Exposé Méthodique de Droit Commercial**. 3ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1946, p. 02.

²¹⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**: introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. v. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1. VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 13.

²¹⁶ ÁLVARES, Walter T. **Direito Comercial**. v. 1. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969, p. 68.

²¹⁷ VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 13.

²¹⁸ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

²¹⁹ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

²²⁰ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 9.

²²¹ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 9

O fato é que o próprio contexto nefasto à atividade mercantil serviu como elemento que propiciou a reunião e o fortalecimento dos mercadores, por meio das corporações de ofício, o que resultou, adiante, na origem do direito dos comerciantes, o *ius mercatorum*²²².

Escarra explica que “na falta de uma autoridade superior, capaz de fazer sentir seu poder junto aos cidadãos, na falta de um governo central propriamente dito, foram as corporações dos mercadores que ricas e poderosas exerceram o governo”²²³.

A partir da assertiva do autor francês e do conteúdo desenvolvido acima, depreende-se que a descentralização do poder no sistema medieval dificultava o desenvolvimento da atividade econômica, de modo que os próprios comerciantes, por meio de sua auto-organização, encontraram mecanismos para se fortalecer e para criar um ambiente institucional que possibilitasse o bom exercício da atividade comercial.

Tal organização assumiu tanta expressividade que foi capaz de “assumir o poder”²²⁴ (na expressão utilizada por Escarra), por meio da formulação de seu direito próprio²²⁵, que contemplava os interesses da classe mercantil e era desvinculado do Estado. Leonardo explica que as corporações chegaram a monopolizar “diversos segmentos do mercado, impedindo a qualquer *não-associado* livremente comerciar”²²⁶.

Conforme explica Boistel, foi neste contexto de (i) organização dos comerciantes e de (ii) Estado enfraquecido, que se desenvolveu o objetivo da classe mercantil de minimizar os nefastos efeitos que o cenário medieval produzia sobre o comércio e que impedia o maior desenvolvimento da atividade desempenhada pelos mercadores na Idade Média²²⁷.

²²² ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

²²³ Tradução livre. No original: “Faute d’une autorité supérieure, capable de faire sentir son pouvoir à l’ensemble des citoyens, faute d’un gouvernement central proprement dit, ce furent les corporations des marchands qui, riches et puissantes, exercèrent le gouvernement” (ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8).

²²⁴ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

²²⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**: introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. v. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 3.

²²⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. **São Paulo**: 2006, p. 10.

²²⁷ BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07.

Consoante aponta Ascarelli, a forma encontrada pela classe dos mercadores para o fortalecimento da atividade comercial foi por meio da elaboração de um direito próprio que visava a trazer a almejada segurança para a prática da mercancia²²⁸. Nas palavras de Constans, a missão do nascente direito comercial era de “livrar-se da destruição total [do comércio] e preparar o caminho que conduzisse os comerciantes ao antigo esplendor”²²⁹.

Este direito foi constituído de modo a contemplar os anseios dos comerciantes por segurança²³⁰ e uniformidade de tratamento nas relações comerciais²³¹, pois a insegurança e a instabilidade do sistema medieval descentralizado maculavam as condições de prosperidade da atividade mercantil.

Buscava-se com o direito comercial, o tratamento jurídico claro e uniforme para que os comerciantes pudessem ter a certeza de que a atividade econômica que realizavam efetivamente teria validade e eficácia.

A confiabilidade no ambiente em que se desenvolvia a atividade era (e continua sendo) concepção elementar para o bom andamento das relações comerciais e a sua falta na Idade Média era um impedimento para o exercício da atividade desempenhada pelos comerciantes, conforme apontado por Constans²³².

É neste sentido que Ascarelli afirma que o *ius mercatorum* nasceu como mecanismo para trazer segurança aos comerciantes nas relações que entabulavam no

²²⁸ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

²²⁹ Tradução livre. No original: “Debía aspirar, como así lo hizo, a librarse de la destrucción total y a preparar el camino que lo condujera a su antiguo esplendor”. (CONSTANS, Francisco Blanco. **Estudios Elementales de Derecho Mercantil**: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América. Tomo 1. 4ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1936, p. 198).

²³⁰ FORGIONI, Paula. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, Ano XLII, n. 130, abr./jun. 2003, p 12.

²³¹ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

²³² CONSTANS, Francisco Blanco. **Estudios Elementales de Derecho Mercantil**: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América. Tomo 1. 4ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1936, p. 292.

exercício da atividade mercantil²³³. Tal necessidade advinha da supracitada dispersão normativa que havia com a vigência de diferentes direitos na Idade Média, o que causava indesejável instabilidade para o exercício da mercancia²³⁴.

Conforme explicam Ferrara Jr. e Corsi, por intermédio do nascente direito comercial, os mercadores buscavam pacificar e uniformizar as práticas seguidas pelos comerciantes matriculados nas corporações de ofício, de modo a trazer a segurança para as relações comerciais, que o Estado não apresentava, à época, capacidade de aportar²³⁵.

Ascarelli elucida que o problema da insegurança jurídica medieval decorria do fato de que determinada regra que era válida em certa região não era reconhecida como tal em outros territórios, ainda que geograficamente próximos ou até mesmo dentro do mesmo Estado, o que provocava imensas dificuldades para que o comércio pudesse se expandir²³⁶.

Nesta esteira, consoante explicam Reinhard e Chazal, a necessidade de um direito uniforme para regular a mercancia era decorrente também da essência cosmopolita do comércio²³⁷. Assim, a formulação do direito comercial se tratava de necessidade para a expansão do até então debilitado comércio medieval que, quando muito, se restringia às relações em feudos próximos.

Com este escopo de uniformizar a prática e o regimento mercantil, o direito comercial, em sua primeira fase, constituiu-se na adoção de uma regulamentação comum uniforme, com a consagração dos usos e costumes dos mercadores registrados nas corporações de ofício da época²³⁸.

²³³ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

²³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

²³⁵ FERRARA Jr, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1996, p. 5.

²³⁶ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

²³⁷ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation**. 6ª ed. Paris: Litec, 2001, p. 12.

²³⁸ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

Por meio desta construção normativa, visava-se a possibilitar a estabilidade ao menos no plano jurídico, e, conseqüentemente, a encontrar mecanismos de expansão da atividade mercantil para outras regiões, sem a dependência do Estado²³⁹.

Ainda a respeito das características que marcaram a origem do direito comercial na Idade Média e das peculiaridades históricas que contribuíram para a formação deste ramo do direito, faz-se importante mencionar que a autonomia da disciplina perante o Estado não se restringiu à supracitada formulação da própria ordem jurídica pelos comerciantes.

Isto porque, como explica Hamonic, foi também a classe mercantil que cuidou da aplicação das normas do *ius mercatorum*, dentro das próprias corporações, que julgavam as lides cuja normativa incidente seria a do direito comercial²⁴⁰.

Portanto, além da criação do direito comercial ter sido desvinculada do Estado, o próprio fazer valer das normas mercantis prescindia de qualquer interferência estatal, já que os comerciantes se atribuíram a função executora, com respaldo e como reflexo do contexto histórico medieval que o abrangia.

Além de ter sido criado e aplicado pelos comerciantes, a incidência do direito comercial na Idade Média era determinada, também, pela própria classe dos mercadores. Consoante explicado por Ripert e Roblot, era pela qualidade de comerciante atribuída ao sujeito em análise pela própria classe mercantil que se verificava a incidência ou não da disciplina comercialista²⁴¹.

Basicamente, conforme discorrem Ferrara e Corsi, o *ius mercatorum* seria incidente sobre os sujeitos que fossem integrantes das corporações de ofício e que, como tais, fossem reconhecidos como efetivamente comerciantes pelos integrantes das corporações²⁴².

²³⁹ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1955, p. 6.

²⁴⁰ A respeito do tema ver: HAMONIC, G.. **Cours de Droit Commercial**: conforme au programme des facultés de droit et écoles d'enseignement supérieur. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953, p. 8.

²⁴¹ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Commerciale: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 3.

²⁴² FERRARA JR, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 5.

Por outro lado, para quem não fosse reconhecido como comerciante — ainda que objetivamente praticasse a mesma atividade que os assim considerados — não haveria a incidência do direito comercial²⁴³. Por conta deste critério de incidência da disciplina comercialista, a doutrina se refere a esta primeira fase do direito comercial como subjetivista²⁴⁴.

É nesta esteira que se ressalta que os comerciantes não reconheceram sequer a necessidade ou a utilidade em requerer a tutela estatal para a almejada proteção jurídica que possibilitasse desenvolvimento de suas atividades no mercado, o que seria impensável a partir da entrada em vigor do modelo moderno de pensamento e no atual paradigma de compreensão do Estado e do direito²⁴⁵.

Verifica-se, assim, que o *ius mercatorum* foi um direito feito pelos próprios comerciantes, para contemplar os seus próprios interesses, cuja incidência era determinada pela própria classe mercantil, alheio, portanto, à influência, à vontade ou à legitimação do ente estatal²⁴⁶, numa típica expressão jurídica medieval.

É por força deste conjunto de características (i- direito feito pelos e para os comerciantes, sem a influência do ente estatal; ii- aplicado pela própria classe mercantil e; iii- formulado a partir das necessidades da classe) e objetivos (iv- proteção dos negócios feitos pelos comerciantes e; v- unificação da disciplina incidente sobre a classe mercantil) que o direito comercial, em sua origem, é classificado como um direito essencialmente classista²⁴⁷. E, a toda luz, a sua configuração paraestatal e o seu objetivo de tutelar unicamente os interesses dos comerciantes foi um manifesto reflexo do contexto medieval que o circunscreveu.

²⁴³ FERRARA JR, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 5.

²⁴⁴ BOLAFFIO, Leon. **Derecho Comercial**. v. 1. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1947, p. 184.

²⁴⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a sociedade de normalização. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Crítica da Modernidade, diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 113.

²⁴⁶ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1955, p. 9

²⁴⁷ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p.07.

É de se notar também que, a relevância do contexto histórico sobre a formação do direito comercial é constatada a partir da análise da importância da igreja no desenvolvimento da disciplina comercialista medieval.

Isto porque, conforme explicam Constans, Lyon-Caen e Renault, se a princípio a igreja condenava o lucro, prejudicando bastante o desenvolvimento da mercancia em decorrência da importância do clero no medievo, após, curiosamente, acabou servindo como mecanismo de divulgação e ampliação das fronteiras do *ius mercatorum*, já que as Cruzadas contribuíram decisivamente para o reascender das relações entre Oriente e Ocidente, auxiliando, com isso, o escoadouro de produção, o renascimento do comércio e a própria internacionalização do *ius mercatorum*²⁴⁸.

Foi no conjunto de circunstâncias políticas, sociais e econômicas, portanto, que o direito comercial nasceu da prática da classe mercantil da Idade Média para contemplar os interesses dos próprios comerciantes e se expandiu por grande parte do continente europeu²⁴⁹.

É de se observar, deste modo, que, de um lado, a elaboração do direito comercial se tratava de condição de possibilidade para propulsar a atividade desempenhada pelos comerciantes, os quais buscavam a tutela dos seus próprios interesses por meio da construção normativa que levavam à tona, como reação às dificuldades enfrentadas na Idade Média²⁵⁰.

Por outro lado, o direito comercial surgiu como expressão das próprias características da Idade Média que, em primeiro plano, foram extremamente negativas aos comerciantes, mas, que, em segundo plano, criou condições para que a classe mercantil se organizasse e criasse seu próprio direito, sem qualquer preocupação em buscar a legitimação ou o apoio estatal para tanto.

²⁴⁸ CONSTANS, Francisco Blanco. **Estudios Elementales de Derecho Mercantil**: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América. Tomo 1. 4ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1936, p. 198. LYON-CAEN, CH; RENAULT, L. **Manuel de Droit Commercial**. 9ª ed. Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908, p. 5.

²⁴⁹ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**: o estatuto histórico e dogmático do direito comercial. v 1. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 51.

²⁵⁰ GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 37.

Com base nestas peculiaridades Ascarelli, Ferrara e Corsi explicam que foi justamente o ambiente de fragmentação e de pouca expressividade do Estado que propiciou aos comerciantes criar seu próprio direito²⁵¹ e também formalizá-lo²⁵², completamente à margem do ente estatal.

Destarte, foi circunscrito no cenário medieval caracterizado pela insegurança jurídica, pela fraqueza do Estado, pela descentralização do poder, pela fragmentação do direito, pela influência da igreja e pela organização da classe mercantil, que a classe dos comerciantes assumia o controle da situação em prol do êxito na atividade comercial²⁵³.

A partir deste contexto, pode-se observar que as grandes peculiaridades da criação normativa mercantil eram o fato (i) do direito que estava sendo criado estar totalmente apartado do Estado e (ii) por seu conteúdo visar à proteção, exclusivamente, dos interesses dos comerciantes.

Como se denota da análise do contexto histórico acima delineado, a classe comerciante por meio de sua organização e de sua produção normativa visou a substituir a figura da autoridade central, tão debilitada na Idade Média, para proteção dos próprios comerciantes.

Conclui-se, assim, que o contexto histórico em que se constituiu a disciplina comercialista (Idade Média) trouxe indissociável reflexo à estruturação e ao conteúdo apresentados pelo direito comercial na primeira fase da disciplina, visto que: (i) formalmente, foi concebido e aplicado sem qualquer ingerência estatal, por força da própria falta de poder do Estado e; (ii) materialmente, foi concebido como forma de proteger a classe comerciante do adverso contexto medieval ao comércio, em especial decorrente da fraqueza do ente estatal que não conseguia criar condições de possibilidade para o desenvolvimento da prática da mercancia.

²⁵¹ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1955, p. 7.

²⁵² FERRARA Jr, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 5.

²⁵³ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

Desta forma, como reação ao período nefasto para o exercício da mercancia, mais do que simplesmente se reunir e angariar forças para o desenvolvimento da atividade comercial, a classe mercantil tomou para si funções de poder central, por meio da constituição e da execução de seu próprio direito, prescindindo absolutamente do ente estatal para a consecução do objetivo²⁵⁴. Tal configuração é radicalmente distinta da fase codificadora que a sucedeu e que será analisada logo adiante.

Em outro contexto político e jurídico, em especial nos que vieram a partir do erigir do paradigma moderno e do conseqüente fortalecimento do ente estatal, essa configuração do direito comercial não seria possível, visto que, por exemplo, o Estado passou a ser reconhecido como o único ente legitimado para a emanação do direito e para fazer valê-lo²⁵⁵, bem como por ter havido gradualmente a vinculação do interesse do Estado com a regulação da atividade mercantil²⁵⁶.

É por força das peculiaridades históricas do surgimento do *ius mercatorum*, que são completamente distintas das que vieram após a Idade Média, que a característica de dissociação entre Estado e direito comercial se torna bastante marcante na fase originária deste ramo do direito.

Tal constatação é fundamental para que seja observada a radical diferença quando comparado o surgimento do direito comercial com as posteriores modificações na disciplina, oriundas, em expressiva medida, da diferença na interface entre o direito comercial e o ente estatal, nas Idades Moderna e Contemporânea.

²⁵⁴ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 8.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.421.

²⁵⁶ ANAYA, Jaime Luis. El legado del Código de Comercio Francés. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.29.

2.2 DA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO COMERCIAL NO CONTEXTO MODERNO DE SURGIMENTO DO CÓDIGO COMERCIAL FRANCÊS DE 1807

Schioppa, Lyon-Caen e Renault explicam que a despeito da supracitada dissociação entre Estado e direito comercial na fase originária da disciplina, houve, ainda na Idade Média, grande disseminação do *ius mercatorum*, a tal ponto que diversos Estados Nacionais passaram a adotá-lo como direito comercial oficial²⁵⁷.

Neste sentido, um direito classista, fruto dos usos e costumes de uma classe e que visava a proteger os interesses da própria classe que o criou, passou, paulatinamente, a ser reconhecido como o direito vigente por vários Estados, tamanha a importância da disciplina para o bom desenvolvimento da sociedade e do próprio ente estatal, como se verá a partir de agora.

Etcheverry afirma que o Estado, ao longo do tempo, acabou verdadeiramente obrigado a adotar a legislação classista (mercantil) para manter sua soberania²⁵⁸. Esta necessidade foi oriunda da expressiva disseminação e aceitação do *ius mercatorum*, que, inclusive, perpassava a fronteira hoje pertencente à Itália, como observado por Reinhard e Chazal²⁵⁹.

Assim, mais do que uma escolha, o Estado se viu obrigado a adotar formalmente o direito comercial, pois se não o fizesse, o *ius mercatorum* continuaria prevalecendo sobre as regras estatais, mantendo a acima referenciada substituição da figura do ente estatal pela formulação jurídica da classe comerciante e colocando ainda mais em cheque a soberania do Estado (em fase ainda incipiente) na Idade Média.

²⁵⁷ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Saggi di storia del diritto commerciale**. Milano: LED, 1992, p.37. LYON-CAEN, CH; RENAULT, L. **Manuel de Droit Commercial**. 9ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908, p. 5.

²⁵⁸ ETCHEVERRY, Raul Aníbal. El Código de Comercio Francés y los actos de comercio. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.54.

²⁵⁹ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial**: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation. 6ª ed. Paris: Litec, 2001, p. 12.

A respeito do assunto, Etcheverry explica que na Baixa Idade Média o poder real expressou a necessidade de controlar politicamente o poder dos comerciantes²⁶⁰ e a forma encontrada para fazer esse controle foi reconhecendo e legitimando o direito comercial classista, pois ao assim fazer tomava-o para si e aplicava-o como direito estatal²⁶¹.

Com a aproximação entre Estado e direito comercial, não haveria mais a aplicação do direito dos comerciantes para os próprios comerciantes e pelos próprios comerciantes, mas, sim, a aplicação do direito do Estado incidente sobre a classe mercantil, em ato praticado pelo próprio ente estatal.

A tentativa de estatizar o direito comercial veio num contexto de paulatina retomada de força do Estado, nos séculos finais da Idade Média, e da consequente tentativa de se centralizar o poder governamental, fragmentado no período do medievo²⁶².

A partir das constatações acima se começa a observar — mesmo que tacitamente — a gradual mudança de concepção, ainda no final da Idade Média, a respeito da relação existente entre a disciplina comercialista e o ente estatal²⁶³, já que o segundo buscava se aproximar da primeira, como forma de fortalecimento do próprio Estado.

Conforme analisado anteriormente, originariamente, no período medieval, a grande característica do direito comercial era a de ser completamente paraestatal, em termos de origem, conteúdo e aplicação. Por outro lado, pouco a pouco, mesmo tendo o *ius mercatorum* sido formulado por pessoas desvinculadas formalmente do aparato estatal (integrantes das corporações dos comerciantes), passou a ser reconhecido

²⁶⁰ Tradução livre. No original: “El poder real necesita controlar políticamente ese poder económico tan fuerte y creciente”. (ETCHEVERRY, Raul Aníbal). El Código de Comercio Francés y los actos de comercio. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p. 54).

²⁶¹ ETCHEVERRY, Raul Aníbal. El Código de Comercio Francés y los actos de comercio. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Social Gves, 2008, p. 54.

²⁶² ETCHEVERRY, Raul Aníbal. El Código de Comercio Francés y los actos de comercio. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.54.

²⁶³ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Saggi di storia del diritto commerciale**. Milano: LED, 1992, p.37.

como direito oficial — formal — de Estados Nacionais e aplicado pelo próprio ente estatal, o que alterava a marcante característica da origem desvinculada ao Estado do direito comercial medieval.

É observando esta gradual aproximação entre as noções de Estado e direito comercial que Reinhard e Chazal afirmam que por fatores políticos a disciplina comercialista foi se modificando e se tornou essencialmente nacional a partir do final da Idade Média, não servindo simplesmente para proteção dos direitos dos comerciantes, mas também como meio propulsor ao alcance dos objetivos do ente estatal²⁶⁴.

Esta paulatina aproximação entre Estado e direito comercial não se restringiu ao reconhecimento estatal acerca da validade do *ius mercatorum* no final da Idade Média. Isto porque a vinculação se tornou ainda mais evidente a partir da principal, ainda que não a primeira²⁶⁵, experiência codificadora no direito comercial moderno: a francesa, no início do Século XIX, já sob a luz dos ideais racionalistas do Iluminismo e da Revolução Francesa²⁶⁶.

A partir da observação da interface entre Estado e direito comercial, Ferri aponta que o Código Comercial Francês de 1807 nasceu em contexto histórico completamente diferente do que marcou o surgimento do *ius mercatorum* e representou uma radical mudança na concepção do direito comercial até então vigente na Europa Ocidental²⁶⁷.

Neste sentido, a diferença nos contextos históricos da Idade Média e da Idade Moderna, abordada no primeiro capítulo da dissertação²⁶⁸, refletiu diretamente no direito comercial, em especial os seguintes aspectos foram determinantes sobre a forma e o conteúdo assumidos pela disciplina comercialista: (i) vinculação do direito comercial ao Estado e; (ii) centralização do poder nas mãos dos governantes estatais.

²⁶⁴ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial**: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation. 6ª ed. Paris: Litec, 2001, p. 13.

²⁶⁵ A primeira codificação moderna do direito comercial foi a prussiana de 1897.

²⁶⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 67.

²⁶⁷ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p.07.

²⁶⁸ Cf. Capítulo 1, Item 1.2.

A expressão codificada da disciplina comercialista caracterizou-se, assim como os outros ramos do direito na Modernidade²⁶⁹, como um direito comercial feito e aplicado pelo Estado, para contemplar todas as pessoas, uniformemente²⁷⁰, diferentemente da antiga concepção classista medieval, em que o *ius mercatorum* fora formulado pelos comerciantes, cuja incidência ocorrera apenas sobre quem fosse reconhecido como comerciante pela própria classe e cuja aplicação fora realizada pelos próprios mercadores.

Com efeito, no Século XVII, muito antes da entrada em vigor do *Code de Commerce de 1807*, duas iniciativas de unificação do direito comercial na França já acentuavam a supracitada aproximação entre o Estado e a disciplina comercialista. Trataram-se das Ordenações Francesas dos anos de 1673 e 1681, já influenciadas fortemente pelos preceitos modernos.

As Ordenações foram conjuntos normativos que consolidaram regras aplicáveis ao direito comercial²⁷¹. Reinhard e Chazal apontam que o fortalecimento do Estado provocou uma relevante modificação do direito comercial, tornando-o essencialmente nacional por meio da disciplina contida nas Ordenações Francesas do Século XVII²⁷².

Neste sentido, conforme explica Vivante, as Ordenações foram precursoras e serviram de base para a codificação francesa do direito comercial²⁷³. Ambas já retratavam a preocupação do Estado em regular a disciplina comercialista não somente para proteção dos comerciantes (o que era pretendido na Idade Média, ao menos na origem do *ius mercatorum*), mas, principalmente, para assegurar ao próprio ente estatal benefícios da regulação do exercício da atividade comercial e para que pudesse ser reconhecido como o único ente legitimado para emanar e fazer valer as regras legais.

²⁶⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Crítica da Modernidade, diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 113.

²⁷⁰ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 07.

²⁷¹ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 287.

²⁷² REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation**. 6ª ed. Paris: Litec, 2001, p. 13.

²⁷³ VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 15.

Conforme explica Oppetit, o movimento codificador, ao longo do tempo, foi reflexo das mais diversas exigências de ordem política, social e técnica²⁷⁴. E, com o Código Comercial Francês 1807 não foi diferente, vez que reproduziu diversos efeitos que marcaram o Iluminismo e a Modernidade.

É a partir da análise deste conjunto de características que, pouco a pouco, foram se somando e que resultaram na Revolução de 1789, que Van Kan afirma que a codificação na França foi marcante obra do espírito revolucionário francês²⁷⁵.

A respeito da influência do contexto histórico sobre a codificação comercial francesa de 1807, Anaya aponta que em 1805 — enquanto as tropas francesas lideradas por Napoleão Bonaparte combatiam os exércitos russos e austríacos na tentativa de dominação do território europeu — a França enfrentava grave crise financeira interna que, inclusive, resultou em risco de quebra do *Banque de France*, principal instituição financeira francesa da época²⁷⁶.

Anaya afirma que a partir deste contexto de crise tonava-se claro ao governo francês a necessidade de reforma das leis que regiam o direito comercial no início do Século XIX, visto que o Estado necessitava intervir sobre a disciplina mercantil de forma mais acentuada, a fim de que encontrasse um equilíbrio econômico entre os interesses público e privado, que até então não havia na França²⁷⁷. Abeille complementa que a nova disciplina comercial era necessária para resolver o problema social que perdurava há anos em território francês²⁷⁸.

A respeito do tema, Peyramaure explica que diante da gravidade do cenário econômico dos primeiros anos do Século XIX, logo após a vitória em Austerlitz (final de 1805), Napoleão — irritado com a crise financeira do *Banque* e com as especulações

²⁷⁴ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 27.

²⁷⁵ Tradução livre. No original “L’oeuvre de la revolution” (KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 267).

²⁷⁶ ANAYA, Jaime Luis. El legado del Código de Comercio Francés. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.29.

²⁷⁷ ANAYA, Jaime Luis. El legado del Código de Comercio Francés. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.29.

²⁷⁸ ABEILLE, Jean E. **Un droit pour l’entreprise**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964, p. 29.

na área mercantil — ordenou a imediata produção de um Código Comercial, a fim de que fosse, ao mesmo tempo²⁷⁹: (i) favorecido o comércio para que pudesse crescer novamente e gerar riqueza para o Estado francês e (ii) regulada a atividade comercial pelo Estado, por intermédio de um conjunto normativo codificado que pudesse evitar as especulações que prejudicavam o ente estatal²⁸⁰.

Com efeito, observa-se a partir das obras de Anaya e Peyramaure que a formulação do Código Comercial Francês de 1807 esteve muito mais ligada à necessidade de proteção do Estado do que aos interesses dos comerciantes. Ambos os autores, explicam que o código era visto pelo Estado (personificado na pessoa de Napoleão Bonaparte) como uma forma de controlar a atividade comercial e de, com isso, fazer com que a mercancia e o direito comercial servissem como mecanismos para que o Estado alcançasse seus objetivos²⁸¹.

Van Kan complementa que a codificação também seria importante ao Estado para fins de (iii) unificação do direito comercial na França, visto que a despeito das pretéritas Ordenações (de 1673 e 1681) terem almejado reunir a disciplina comercialista, acabaram não conseguindo produzir efeito em todo território francês²⁸².

Esta intenção de unificação do direito, mais do que simplificar o direito comercial, era entendida pelo Estado como mecanismo de pacificação social e de

²⁷⁹ Conforme apontado por Oppetit, as discussões a respeito do Código Comercial Francês se iniciaram alguns anos antes, em 1801. OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 27. Nada obstante, conforme apontam Rippert e Roblot foi somente após a supracitada determinação de Napoleão Bonaparte que os trabalhos efetivamente evoluíram. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Comemercial: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris:Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 15.

²⁸⁰ PEYRAMAURE, Maître Philippe. **El Código de Comercio Francés desde su pasado y hacia su futuro**. HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p. 54.

²⁸¹ ANAYA, Jaime Luis. El legado del Código de Comercio Francés. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.29. PEYRAMAURE, Maître Philippe. El Código de Comercio Francés desde su pasado y hacia su futuro. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.) **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p. 54.

²⁸² KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 287-288.

consagração da nova ordem vigente²⁸³, já que se configurava em forma de assegurar a unidade do Estado e de fazer valer a reforma propagada pelos modernos, em radical contraste aos preceitos e à estrutura consagrados na Idade Média.

Nesta esteira, até mesmo por força da pressão exercida por Napoleão Bonaparte — com a esperança de que o *Code* trouxesse os resultados para o país — as discussões a respeito do Código Comercial Francês duraram relativamente pouco tempo, mais precisamente entre 4 de novembro de 1806 e 29 de agosto de 1807²⁸⁴, tendo o código entrado em vigor em 1º de janeiro de 1808²⁸⁵.

O início de vigência do Código Comercial Francês foi fixado por meio da Lei de 15 de setembro de 1807²⁸⁶. Da referida lei, extrai-se o artigo 2º, em que foi expressa a típica pretensão moderna de racionalidade ilimitada do sujeito e de unificação total das matérias dentro de um único corpo normativo, vez que o mencionado dispositivo legal enunciava que com a entrada em vigor *do Code*, todas as matérias comerciais abrangidas pelo código automaticamente revogariam todas as normas pretéritas a respeito do direito comercial²⁸⁷. Era a consagração dos ideais modernos e da presunção de que o legislador conseguiria contemplar a realidade como um todo.

A partir do referido artigo 2º da Lei de 15 de Setembro de 1807, é também possível constatar que além da marcante tentativa do Código Comercial aproximar a disciplina do direito comercial aos interesses do Estado, buscava-se com a edição do *Code*, romper com a tradição consuetudinária do direito comercial, vez que continuava

²⁸³ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 09.

²⁸⁴ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Comemercial: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 15.

²⁸⁵ VINCENS, Émile. **Exposition raisonnée de la législation commerciale, et Examen Critique du Code de Commerce**. Tomo 1. Faubourg Saint-Germain: Barrois, 1821, p. 55.

²⁸⁶ A doutrina francesa apenas menciona a Lei sem trazer o número ou o nome a que era dado à referida norma. A respeito ver: LOCRÉ, J.G. **Espirit du Code de Commerce**. Paris: L'imprimerie Impériale, 1807. p. vi e vii. VINCENS, Émile. **Exposition raisonnée de la législation commerciale, et Examen Critique du Code de Commerce**. Tomo 1. Faubourg Saint-Germain: Barrois, 1821, p. 55. MOLINER, M.J.V. **Traité de Droit Commercial**. Tomo 1. Paris: Joubert Libraire-Éditeur, 1841, p. 13. MARIAGE, Henri. **Évolution Historique de la Législation Commerciale: de l'Ordennance de Colbert à nos jours**. Paris: Éditions A. Pedone, 1951, p. 130.

²⁸⁷ É interessante a carta enviada por J.G.Locré - Secretário Geral do Conselho de Estado - ao imperador Napoleão Bonaparte, em que explica a pretensão do código e a extensão do referido artigo 2º da Lei de 15 de setembro de 1807, transformada em livro: LOCRÉ, J.G. **Espirit du Code de Commerce**. Paris: L'imprimerie Impériale, 1807. p. vi e vii.

preponderando na Idade Moderna diferentes costumes mercantis dentro do mesmo Estado Nacional²⁸⁸.

Esse fenômeno de aproximação do Estado ao direito comercial está diretamente relacionado ao que Paolo Grossi chamou de absolutismo jurídico, caracterizado pelo autor italiano como a identificação pelo ente estatal de que “todo o direito interessa ao detentor do poder político”²⁸⁹. Esta apropriação estatal foi tamanha que o Estado, na modernidade, se preocupou também em perseguir as corporações, a fim de que nenhum outro poder pudesse competir com o dele²⁹⁰. Nas palavras de Galgano: “a codificação desejou ser, sobretudo, a afirmação da estatização do direito”²⁹¹.

Nesta esteira, tornava-se insustentável — ao menos na visão dos juristas franceses da Modernidade — que o direito comercial continuasse fragmentado e disperso ao redor do Estado Nacional. Veja-se que sob a luz de preceitos que propugnavam pela racionalidade ilimitada do sujeito e pela perfeição das obras humanas, seria inconcebível a ideia de existência de um direito que não fosse inteiramente regulado e aplicado pelo Estado²⁹².

Deste modo, o Código Comercial Francês de 1807 visava a romper com a tradição histórica mercantil, buscando impedir que continuassem em vigor os diferentes costumes dos comerciantes que continuavam sendo aceitos em diferentes regiões da França²⁹³. A respeito do assunto, o então Ministro do Interior Francês defendia

²⁸⁸ RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6ª ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870, p. 11.

²⁸⁹ GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). **Revista Direito GV 2**, v. 1. n. 2, Jun-Dez 2005, p. 193.

²⁹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. **São Paulo**: 2006, p. 11-17.

²⁹¹ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 41.

²⁹² GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). **Revista Direito GV 2**, v. 1. n. 2, Jun-Dez 2005, p. 193.

²⁹³ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 288.

expressamente que o Código colocaria um fim “ao caos composto pela [aplicação] dos costumes locais”²⁹⁴.

Observa-se, assim, que a codificação da matéria comercial na França está essencialmente vinculada ao interesse estatal, seja este interesse (i) econômico, a fim de que diminuíssem as especulações e para que pudesse ser encontrada uma saída para a crise francesa; (ii) político, a fim de que o Estado reafirmasse sua soberania e sua (nova) qualidade de ser o único ente legitimado para ditar e aplicar as regras jurídicas, ou; (iii) social, para fins de uniformização das regras mercantis ao redor do Estado Nacional Francês.

Escarra afirma que o interesse econômico foi o principal viés que fez com que o Estado buscasse se aproximar e tomar para si a disciplina do direito comercial²⁹⁵. A respeito, Oppetit também aponta que a necessidade de desenvolvimento econômico do Estado se tornou o elemento preponderante para a codificação do direito comercial a partir da aproximação entre a disciplina comercialista e o ente estatal²⁹⁶.

À época da codificação da disciplina comercialista, Bédarride apontava que “desde que as nações se tornaram iluminadas sobre seus verdadeiros interesses, o comércio se tornou um dos principais objetos de atenção dos governantes”²⁹⁷. Tratava-se da supracitada alteração paradigmática no que tange à vinculação entre o direito comercial e o Estado e entre a atividade econômica e o ente estatal.

É neste sentido que Bédarride, ao analisar o então próximo contexto histórico de surgimento do Código Comercial Francês, concebia o código como salvação para os problemas econômicos franceses, asseverando que “[o]s males da guerra, o embaraço das finanças, as dilapidações da agiotagem (...) iriam provavelmente submergir nosso comércio, se a força protetora da legislação não o preservasse”²⁹⁸.

²⁹⁴ KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929, p. 304.

²⁹⁵ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 18.

²⁹⁶ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 26.

²⁹⁷ Tradução livre. No original: “Depuis que les nations se sont éclairées sur leurs véritables intérêts, le commerce a été un des premiers objets de l’attention des gouvernements”. (BÉDARRIDE, J. **Droit Commercial: Commentaire du Code de Commerce**. Paris: Auguste Durand, 1857, p. 02).

²⁹⁸ Tradução livre. No original: “Les malheurs de la guerre, l’emarras des finances, les dilapidations de l’agiotage (...) qui auraient probablement submergé notre commerce, si la force protectrice de la

Às vésperas da entrada em vigor do *Code*, o seu Relator, M. Pelet também celebrava a guinada econômica que se esperava aportar por intermédio da obra codificada e preconizava que o Código Comercial Francês se tornaria modelo para toda a Europa (o que, anos mais tarde, em expressiva medida, se confirmou): “[o] comércio irá tomar uma nova direção. As leis estarão em harmonia com as necessidades, com os hábitos, com os verdadeiros interesses. As leis serão simples e fáceis. Elas serão severas contra a fraude. (...) O código que será adotado se tonará, então, direito comum na Europa”²⁹⁹.

Com base nestes objetivos e com estes anseios, o Código Comercial Francês de 1807 foi dividido em quatro livros: o primeiro tratou do comércio em geral e dos comerciantes, trazendo, expressamente, a adoção da Teoria dos Atos de Comércio. O segundo livro abrangeu o comércio marítimo e os contratos dele derivados. O terceiro, por sua vez, regulou as empresas em dificuldade. Por fim, o quarto livro disciplinou a organização e a competência dos Tribunais de Comércio³⁰⁰.

Como é cediço, o Código Comercial Francês de 1807 além de expressar o novo ente competente para a emanção dos comandos legais (o Estado), também alterou o rumo da disciplina com a adoção da Teoria dos Atos de Comércio, em substituição ao subjetivismo preponderante até então³⁰¹.

O artigo 1º do *Code de Commerce* logo demonstrou a radical mudança de rumo que o direito comercial assumiria, ao asseverar que são comerciantes aqueles que, habitualmente, exercem os atos de comércio³⁰². Houve, com isso, uma marcante

législation ne l'eût préservé”. (BÉDARRIDE, J. **Droit Commercial: Commentaire du Code de Commerce**. Paris: Auguste Durand, 1857, p. 08).

²⁹⁹ Tradução livre. No original: “Le commerce va prendre une nouvelle direction. Les lois seront em harmonie avec les besoins, avec les habitudes, avec ses véritables intérêts. Ces lois seront simples et faciles. Elles ne déployeront de sévérité que contre la fraude. Le code que vous aurez adopté deviendra alors le droit commun de l'Europe”. (MARIAGE, Henri. **Évolution Historique de la Législation Commerciale: de l'Ordonnance de Colbert à nos jours**. Paris: Éditions A. Pedone, 1951, p. 130).

³⁰⁰ VINCENS, Émile. **Exposition raisonnée de la législation commerciale, et Examen Critique du Code de Commerce**. Tomo 1. Faubourg Saint-Germain: Barrois, 1821, p. 54.

³⁰¹ FERRARA Jr, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 6.

³⁰² No original o art. 1º do Código Comercial Francês possuía a seguinte redação: “Sont des commerçants ceux qui exercent les actes de commerce et qui en font leur profession habituelle”. Tradução livre: “São comerciantes aqueles que exercem os atos de comércio e que os exercem profissional e habitualmente”.

tentativa de objetivação da disciplina comercial, com a substituição do subjetivismo que havia quando da incidência do direito comercial medieval e que pressupunha a chancela das corporações de ofício para a aceitação da própria condição de comerciante.

Conforme explicou Moliner, os atos de comércio eram as operações que tinham por objeto o exercício do comércio e que reuniam as características determinadas pela lei³⁰³. Ou seja, o ato de comércio, que configurava quem era comerciante, era definido pelo próprio Estado, não havendo interferência de subjetivismos.

Neste ponto, importante se faz a elucidação de Bravard-Veyrières que apontava que não bastava ao sujeito praticar, isoladamente, um ato de comércio para que fosse reconhecida a qualidade de comerciante. Era preciso o preenchimento de três requisitos previstos pelo Estado-legislador (todos extraídos do artigo 1º do *Code*): (i) o exercício do ato de comércio; (ii) a habitualidade no exercício do ato e; (iii) o profissionalismo³⁰⁴.

Por intermédio da referida Teoria dos Atos de Comércio, afastou-se a concepção de que o direito comercial seria incidente somente sobre a classe dos comerciantes (subjetivamente designada durante a vigência do *ius mercatorum* na Idade Média), passando-se a consagrar que as normas comerciais seriam incidentes sobre qualquer pessoa, desde que praticasse um dos chamados atos de comércio, independentemente de ser classificada como comerciante ou não dentro das corporações ou outros órgãos de classe³⁰⁵.

Conforme explica Oppo, com a adoção da Teoria dos Atos de Comércio houve a objetivação do direito comercial, já que a incidência ou não da disciplina passou a ser

³⁰³ Tradução livre. No original: “On donne la qualification d’actes de commerce aux opérations qui ont pour objet l’exercice du commerce, et qui réunissent les caractères déterminés par la loi”. (MOLINER, M.J.V. **Traité de Droit Commercial**. Tomo 1. Paris: Joubert Libraire-Éditeur, 1841, p. 17).

³⁰⁴ BRAVARD-VEYRIÈRES, P. **Manuel de Droit Commercial**. 4ª ed. Paris: G. Thorel Libraire-Éditeur, 1851, p. 15-16.

³⁰⁵ FERRARA Jr, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 7.

uma questão essencialmente objetiva, centrada na prática de algum dos atos de comércio³⁰⁶.

Eis a objetivação do direito comercial: afastou-se a concepção de que o *ius mercatorum* seria incidente apenas sobre quem fosse classificado subjetivamente como comerciante — o que prevaleceu até a entrada em vigor do Código Comercial Francês de 1807 — passando o direito comercial a ser incidente sobre qualquer pessoa, desde que praticasse um dos atos elencados pelo código como de comércio.

Deste modo, já a luz do paradigma moderno, com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, o âmbito de abrangência da disciplina mercantil não mais ficava ao arbítrio dos próprios comerciantes, que durante a Idade Média e a vigência do *Ius Mercatorum* eram encarregados de designar quem teria ou não a proteção do direito comercial.

Verifica-se, assim, que a codificação francesa do direito comercial rompeu em três aspectos principais com a tradição do *ius mercatorum*: em primeiro lugar, representou a tomada do direito comercial para o Estado, consagrando a concepção moderna de que apenas o ente estatal poderia emanar os comandos legais; em segundo lugar, objetivou o direito comercial, disciplinando que a normativa não seria incidente apenas sobre a classe, mas sobre qualquer pessoa que preenchesse os requisitos previstos no código e; em terceiro lugar, passava a ser o Estado quem aplicaria o direito comercial, não mais a própria classe mercantil.

Conforme explica Galgano, a ideia de codificação tem como fundamento o princípio da igualdade que se difundiu no território europeu a partir da Revolução Francesa³⁰⁷. Com o então novo código comercial, igualar-se-ia a classe comerciante a todas as outras classes, visto que o direito comercial não seria mais particularizado, mas, sim, emanado e regido pelo Estado.

Desta forma, a partir da análise da criação do Código Comercial Francês e da adoção da Teoria dos Atos de Comércio, verifica-se que à época da codificação da disciplina, acentuou-se a aproximação entre direito comercial e Estado, sendo

³⁰⁶ OPPO, Giorgio. **Principi e Problemi del Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2000, p. 164-165.

³⁰⁷ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12^a ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 41.

reconhecido ao ente estatal não somente o monopólio na produção e em fazer valer o direito comercial, como também sendo passado ao Estado, por intermédio da adoção da Teoria dos Atos de Comércio, a prerrogativa de determinar sobre quem a disciplina seria incidente.

O Código Comercial Francês de 1807 foi um grande marco para o direito comercial³⁰⁸ e a partir dele foram muitos os códigos comerciais que se espalharam ao redor do mundo, já à luz da supracitada influência e interferência do ente estatal sobre a disciplina comercialista³⁰⁹.

A influência da codificação francesa e da Teoria dos Atos de Comércio, como observa Carvalho de Mendonça, foi expressiva nas codificações que se seguiram na Europa e na América³¹⁰, inclusive na formulação do Código Comercial Brasileiro de 1850 e no Regulamento 737 de 1850³¹¹.

É de se observar que inobstante a esta tentativa de estatização do direito comercial e de afastamento da tradição classista da disciplina que se espalhou ao redor do mundo, manteve-se o reconhecimento da necessidade de haver um direito comercial distinto do direito civil e dos outros ramos do direito. Os franceses sustentavam a necessidade de se ter um direito profissional, separado da normativa civil justamente por conta das singularidades das relações comerciais³¹².

A respeito do assunto, Ripert e Roblot apontam que a separação entre o diploma civil e o diploma comercial era interpretada como uma quebra da pretendida isonomia propalada pela Revolução Francesa, a tal ponto que era por vezes sustentado, na época da edição do Código Comercial Francês, que “a existência de um

³⁰⁸ Um grande panorama da representatividade do Código Comercial Francês é aferido em todos os capítulos da obra: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

³⁰⁹ Sobre o assunto: AVILA, Julio Olavarria. **Los Códigos de Comercio Latinoamericanos**. Santiago de Chile: Editorial Del Pacífico S.A, 1961 em que são abordados os códigos comerciais nascidos até 1961.

³¹⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 67.

³¹¹ CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa; VIEIRA, Icyar de Aguilera. L'influence du Code de Commerce Français au Brésil: quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, v. 59, n. 1, p. 27-77.

³¹² RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Commerciale: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 6.

direito profissional poderia parecer, em 1807, uma lamentável exceção ao princípio da igualdade civil³¹³.

Até mesmo por força desta particularidade do direito comercial dentro do contexto em que surgiu, o Código Comercial Francês não foi imune a críticas³¹⁴. Reinhard e Chazal, por exemplo, afirmam que o código foi muito pouco discutido e que as incertezas e ambiguidades afetaram a própria concepção de direito comercial, já que, para os autores, não havia suficiente elucidação a respeito da efetiva existência de separação entre o direito comercial e o direito civil³¹⁵.

Além disso, a Teoria dos Atos de Comércio foi bastante criticada por conta da pretensão moderna de elencar, exaustivamente, quais seriam os atos de comércio. Bento de Faria acentuava a impossibilidade de se abarcar toda a atividade comercial no rol de atos de comércio, afirmando, já no início do século XX, que “a tentativa de definir os actos de commerce foi abandonada pela invencível dificuldade de formular uma definição que seja rigorosamente exacta e completa e para evitar os prejuízos de uma definição deficiente ou errônea”³¹⁶.

A limitação de racionalidade e a impossibilidade de se conseguir contemplar a atividade do comércio como um todo foram fatores determinantes para que a iniciativa moderna de enunciação taxativa dos atos de comércio não lograsse êxito, ao menos na sua pretensão de imutabilidade.

O mito da racionalidade ilimitada do sujeito e o caráter mutante do comércio foram elementos que logo evidenciaram a incompletude do *Code de Commerce* e trouxeram as primeiras necessidades de reforma daquela obra que se pretendia imutável e eterna³¹⁷.

³¹³ RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Commerciale: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 6.

³¹⁴ Críticas ao Código Comercial Francês de 1807 são encontradas na obra: HORSON, M. **Questions sur le Code de Commerce**. Paris: Librairie du Commerce, 1829, p. 465-467.

³¹⁵ REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation**. 6ª ed. Paris: Litec, 2001, p. 14.

³¹⁶ FARIA, Antonio Bento. **Código Comercial Brasileiro**. v. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929, p. 27.

³¹⁷ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 8.

Ademais, a tentativa do Código Comercial encerrar com a possibilidade de aplicação dos usos e costumes quando do julgamento das lides que envolviam comerciantes se mostrou falha. Conforme apontou Rivière, na segunda metade do século XIX, existiram vários litígios em que os juízes recorreram aos usos e costumes para resolvê-los, mesmo com a vigência do Código Comercial que, dentre outros objetivos, propugnava que não mais haveria a aplicação dos usos e costumes na França³¹⁸.

É interessante observar que Rivière apregoava, mesmo à época da prevalência dos ideais modernos, que a predominância dos usos e costumes deveria continuar existindo na disciplina comercialista, vez que “o direito comercial sempre foi um direito eminentemente costumeiro”³¹⁹ e que no confronto entre o usos e costumes e a lei, deveriam prevalecer os primeiros, por expressar a realidade de maneira mais fidedigna³²⁰.

De toda forma, sob a égide do paradigma moderno, a codificação do direito comercial buscou, em primeiro lugar, estatizar a disciplina, de modo que fosse afastada a noção de direito classista e consagrada a concepção de que apenas o Estado seria o ente legitimado para propagar os comandos normativos e para fazer valer as regras legais³²¹.

Em segundo lugar, a disciplina comercialista tornou-se essencialmente objetiva, afastando-se a concepção de que o direito comercial seria incidente apenas sobre quem fosse matriculado nas corporações de ofício e, conseqüentemente, reconhecido como comerciante pela classe.

Assim, a partir do Código Comercial Francês de 1807, o direito comercial assumiu nova feição, formal e materialmente, deixando de ser o direito da classe comerciante e passando a ser o direito do Estado. Em outras palavras: o direito

³¹⁸ RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6ª ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870, p. 11.

³¹⁹ Tradução livre. No original: “C’est qu’en effet le droit commercial a toujours été un droit éminemment coutumier”. (RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6ª ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870, p. 11).

³²⁰ RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6ª ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870, p. 13.

³²¹ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 13.

comercial seria considerado válido e aplicável não em razão da vontade dos comerciantes, mas em decorrência de ter sido emanado e de ser aplicável pelo Estado, como todos os outros ramos do direito.

Esta alteração de modelo não foi fruto unicamente da vontade dos comerciantes, vez que se tratou de uma imposição do novo paradigma (moderno), que rejeitava particularismos normativos e sustentava a necessidade das leis serem inequivocamente abstratas, gerais e formuladas pelo Estado, por meio do Poder Legislativo³²².

No contexto histórico em que surgiu, influenciado pelos princípios da igualdade e da universalidade, tão propalados na Revolução Francesa, não seria possível se sustentar um direito classista³²³, razão pela qual havia necessidade política de modificação substancial do sistema jurídico ligado ao comércio.

A respeito do assunto, Carvalho de Mendonça afirmou que “hesitou-se em imprimir ao direito comercial o caráter pessoal, para que se não o tomasse como direito de uma corporação, com ofensa dos princípios da igualdade, proclamados na revolução”³²⁴.

Wieacker, ao fazer o cotejo entre o nascimento do direito comercial e o contexto francês marcado pelo Iluminismo e pela Revolução Francesa acentuou que³²⁵:

no direito comercial a classe burguesa dos empresários comerciais e industriais, estabeleceu para si um direito especial, mas também aqui de acordo com o modelo napoleônico: nas suas linhas gerais já não o direito da ordem dos comerciantes do antigo regime (...), mas um direito especial, abstracto, adequado à função (não ao estado) dos comerciantes (...).

³²² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528-529.

³²³ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528-529.

³²⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 66.

³²⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528-529.

Em relação à aproximação entre Estado e direito comercial, observe-se, por fim, que o Código Comercial Francês de 1807 surgiu sob a égide dos ideais consagrados na Revolução Francesa³²⁶. Entretanto, deve-se atentar para o fato de que o período que se seguiu à queda da Bastilha — e no qual se insere a criação do Código Comercial Francês — foi um período que apresentou marcantes traços de regimes ditatoriais, como o próprio golpe de estado consumado no 18 Brumário (9 de setembro de 1799), o qual consagrou a tomada de poder pelo Imperador Napoleão Bonaparte³²⁷.

No mesmo sentido, historicamente, observa-se que o Código Civil Italiano 1942, diploma normativo que consagrou o paradigma que substituiu o modelo consagrado pela codificação francesa de 1807, surgiu em plena Itália fascista, num período em que as garantias individuais eram suprimidas em homenagem a um pretense interesse estatal que se sobreporia à vontade dos indivíduos³²⁸.

Questão pouco debatida, mas que talvez mereça maior reflexão por parte da doutrina, é o fato de que as duas codificações que mais influenciaram a disciplina comercialista ao redor do mundo, o Código Civil Francês de 1807 e o Código Civil Italiano de 1942, surgiram em períodos com características totalitárias.

Como se constata a partir do ano de referência (1942), o mencionado diploma civilista entrou em vigor quando do domínio do fascismo em território italiano, regime personificado no Chefe de Estado Benito Mussolini, em meio ao nefasto complexo de acontecimentos que marcou a Segunda Guerra Mundial.

Assim, a partir de uma leitura histórica, observa-se que tal qual o Código Comercial Francês do início do Século XIX, o *Codice Civile* foi originado em período histórico em que as liberdades individuais não eram uma prioridade do ente estatal e em que o Estado Nacional visava a ampliar o seu domínio para além das fronteiras do próprio país.

³²⁶ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 28.

³²⁷ BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 23^a ed. v. 2. Rio de Janeiro: Globo, 1981, p. 618.

³²⁸ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

Além disso, verifica-se que em ambos os contextos históricos havia um Chefe de Estado, Napoleão Bonaparte na França e Benito Mussolini na Itália, que pretendia eternizar a ordem até então vigente por meio de uma obra que se pretendia completa.

Identifica-se, igualmente, que nos dois contextos de codificação do direito comercial, os Estados Nacionais defendiam a necessidade de se fortalecer economicamente como forma de recuperar as até então debilitadas receitas públicas. Ademais, nos dois períodos acreditava-se que a entrada em vigor de um novo corpo normativo unificado para reger o direito comercial poderia contribuir para o fortalecimento da economia nacional.

Ainda que não seja propósito do presente trabalho abordar profundamente semelhanças e diferenças entre os regimes de Mussolini e Bonaparte, denota-se que há pontos em comum nos dois contextos que marcaram as respectivas codificações que se tornaram paradigmas para a disciplina comercialista. Tal convergência resgata a necessidade de se interpretar a relação entre Estado e Direito Comercial também na contemporaneidade.

Além das conexões nos contextos que circunscreveram as iniciativas codificadoras, também se destaca a importância da análise da representatividade da noção de codificação dentro da relação entre direito comercial e Estado. Em especial porque dois dos modelos mais difundidos de codificação, que englobaram a matéria comercialista, foram oriundos em períodos históricos em que a liberdade e a democracia estavam em cheque em nome de objetivos expansionistas dos Estados Nacionais.

Com efeito, a atividade empresarial é elemento primordial para a liberdade de uma sociedade. A maior ou menor regulação da mercancia é capaz de aportar importantes traços que reflitam o grau de estabilidade de uma democracia ou de um regime que assegure os direitos individuais.

Partindo da afirmação de Reinhard e Chazal de que desde 1807 o direito comercial sofreu profundas mutações, decorrentes da justificação de um

intervencionismo mais ou menos acentuado³²⁹, pode-se indagar: (i) qual seria o significado de se codificar a matéria comercial e de aproximá-la dos objetivos do ente estatal; (ii) se o dirigismo estatal pode ser observado neste anseio de inserir a disciplina comercial dentro de uma obra codificada; (iii) se a codificação do direito comercial significou a tentativa de direcionamento da atividade empresarial em prol da consecução de objetivos ditatoriais e; (iv) em caso afirmativo, como justificar a adoção do modelo codificado em Estados que se dizem democráticos (como o Brasil do Século XXI).

Tendo como pressuposto os fundamentos lançados nos dois primeiros capítulos, passar-se-á a analisar as questões acima.

³²⁹ No original: “Depuis 1807, le droit commercial a subi de profondes mutations, rendues nécessaires par l'évolution des idées et des doctrines qui, de tendance socialiste, libérale ou néo-libérale, ont toutes justifié un interventionnisme étatique plus ou moins développé”. (REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial**: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation. 6^a ed. Paris: Litec, 2001, p. 15).

3 ESTADO, FASCISMO E COMPREENSÃO DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL NO SÉCULO XXI

Conforme observado no capítulo precedente, a relação entre direito comercial e Estado se mostrou determinante para a forma e para o conteúdo apresentados pela disciplina comercialista na fase de sua origem e de sua codificação, visto que a partir da maior ou menor vinculação entre o direito comercial e o ente estatal houve a apresentação de determinadas estruturas e o desempenho de específicas funções pela disciplina comercialista.

Analisou-se que, em sua origem medieval, o direito comercial foi fruto da organização da classe mercantil e da tentativa dos comerciantes de superação do ambiente de insegurança da Idade Média causado, em expressiva medida, por conta da descentralização do poder e pela carência de força do ente estatal.

Como reflexo deste contexto dentro do qual foi originado, o direito comercial assumiu as características de ser classista e desvinculado do Estado tanto em sua formação quanto em sua aplicação, configuração peculiar do *ius mercatorum* e deste primeiro momento histórico do direito comercial.

Por outro lado, retratou-se que a expressão codificada da disciplina comercialista, na Modernidade, foi fruto de um ambiente institucional radicalmente distinto, em que o Estado gradativamente recuperava sua força e em que o ente estatal e o direito comercial se aproximaram. Esta nova configuração — tal qual ocorreu na primeira fase — trouxe reflexos diretos à formalização, ao conteúdo e à aplicação da disciplina.

Neste sentido, observou-se que diferentemente do havido na fase originária, em que o direito comercial era compreendido como mecanismo para que fossem tutelados unicamente os interesses dos comerciantes, no período da codificação francesa a disciplina comercialista era tomada como uma ferramenta para que também o Estado alcançasse suas finalidades.

Tal constatação acentuou o caráter estatal do direito comercial moderno — mesmo diante de um Estado caracterizado por ser essencialmente liberal no plano econômico³³⁰ — vez que houve a aproximação, ainda que indireta, entre os interesses público e privado na tutela fornecida pela legislação comercialista francesa.

Adiante, verificou-se que a codificação do direito comercial foi um dos reflexos da alteração paradigmática que caracterizou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Especificamente, demonstrou-se que a codificação do direito comercial foi um dos efeitos decorrentes da substituição da concepção medieval — de pluralidade de fontes do direito — pela moderna, de que o Estado seria o único ente legitimado para emanar e fazer valer o ordenamento jurídico vigente.

Por meio da abordagem acima sintetizada, buscou-se demonstrar que a relação entre o Estado e o direito comercial assumiu diferentes graus de proximidade no transcorrer da história e que o vínculo entre ambos trouxe diferentes influências sobre a disciplina comercialista, tanto no aspecto formal (inclusive na codificação) quanto no aspecto material (principalmente no âmbito de abrangência da tutela).

Com efeito, a supracitada influência do Estado sobre o direito comercial pode ser vista como um dos reflexos da primordial relevância dos contextos históricos sobre a expressão deste ramo do direito. Não por acaso, Ascarelli acentua que é justamente o fator histórico que distingue o direito comercial de outras disciplinas, tal a importância da história sobre a formação, consolidação e desenvolvimento da disciplina³³¹.

Prosseguindo com a análise da presente dissertação, observa-se que a relevância da história sobre o direito comercial também é observável — ainda que nem sempre de modo expresso — a partir da classificação tradicionalmente utilizada pela doutrina comercialista a respeito das fases caracterizadoras do direito comercial.

³³⁰ LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords.). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

³³¹ ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 117.

Conforme explica Gonçalves Neto³³², costumeiramente³³³, a doutrina aponta que: (a) a primeira fase da disciplina seria a do surgimento do *ius mercatorum*, na Idade Média, insculpido sob a luz dos preceitos medievais; (b) a segunda fase, seria a caracterizada pela objetivação do direito comercial, com a adoção da Teoria dos Atos de Comércio pelo Código Comercial Francês de 1807, sob a égide dos ideais da Modernidade e; (c) a terceira fase seria a iniciada com a adoção da Teoria da Empresa, especialmente por intermédio do Código Civil Italiano de 1942, com a unificação do direito privado e com a incorporação do centro do direito comercial pelo diploma civilista codificado.

As características de cada fase do direito comercial (origem, codificação e pretensa unificação com as demais disciplinas do direito privado) remetem às peculiaridades de cada contexto histórico em que foram respectivamente consagradas, expressando diretamente elementos que remetem às configurações social, política e econômica características de cada época.

Seguindo a tradicional classificação e a título meramente introdutório de abordagem é possível identificar os seguintes atributos característicos de cada um dos períodos históricos correspondentes à origem de cada fase do direito comercial:

(a) fragmentação jurídica, baixíssimo comércio e descentralização do poder, na Idade Média³³⁴,

(b) elaboração de diplomas codificados, num contexto marcado pelo fortalecimento do ente estatal e pelo renascimento do poder da mercancia, na Idade Moderna³³⁵ e;

³³² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá Editora, 1998, p. 40.

³³³ Autores que fazem a referida tripartição na análise e cujos escritos foram utilizados no presente trabalho são: REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 9-13. NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. O Direito Empresarial Superando o Arcaico Sistema dos Atos de Comércio. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 13, Jan. 2003. p. 159-166. BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27-31.

³³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 7.

³³⁵ MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 17.

(c) centralização do poder nas mãos de uma autoridade totalitária, num contexto em que se justificava a existência de limitação aos direitos dos cidadãos em prol de um interesse alegado como maior (de todos), no momento de crise econômica e da predominância do fascismo na Itália da década de 1940³³⁶.

A relação entre os dois primeiros contextos históricos com o direito comercial foi abordada no capítulo anterior, realçando-se a determinante interferência do conjunto característico dos respectivos períodos sobre o surgimento do direito comercial e sobre sua posterior codificação.

Neste terceiro capítulo focar-se-á a interface entre o Estado e o direito comercial na terceira fase da disciplina, correspondente à entrada em vigor do Código Civil Italiano de 1942 e às conseqüentes unificação do direito privado e consagração da Teoria da Empresa.

Esta análise se mostra importante, especialmente, em razão de o supracitado diploma normativo ter servido de paradigma para a expressão do direito comercial em diversos países — desde então — e por continuar sendo a base da disciplina comercialista no direito brasileiro no presente momento histórico³³⁷.

Tomando como pressuposto a fundamentação desenvolvida nos capítulos anteriores, buscar-se-á encontrar elementos que demonstrem a existência ou a inexistência de relação entre o contexto de predominância dos ideais fascistas, dentro do qual foi consagrada a Teoria da Empresa, e a mencionada codificação civil italiana da década de 1940, no que diz respeito exclusivamente ao direito comercial.

Neste ponto, reafirma-se que a intenção do presente trabalho não é a de fazer um trabalho investigativo sobre todo o Código Civil Italiano de 1942, mas, tão somente, analisar os aspectos relativos à teoria geral do direito comercial.

Buscar-se-á identificar como se apresentou a relação entre a disciplina comercialista e o Estado no referido momento histórico e como a adoção da Teoria da

³³⁶ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

³³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 10, jul./dez., 2008, p. 14.

Empresa e a pretensa unificação do direito privado representaram ou não a persecução dos objetivos fascistas da Itália, à época da entrada em vigor do *Codice Civile*.

Em seguida, serão analisados aspectos gerais relativos à forma e ao conteúdo do direito comercial brasileiro contemporâneo, abordando, especificamente, a recepção da Teoria da Empresa e a unificação do direito das obrigações no Brasil.

Finalmente, analisar-se-ão aspectos que possibilitem compreender o significado de uma nova codificação do direito comercial, cotejando-os, brevemente, com discursos justificadores de recentes iniciativas codificadoras da disciplina comercialista no Brasil.

3.1 DO CONTEXTO HISTÓRICO FACISTA E DA INFLUÊNCIA DO FASCISMO NO CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

Ao abordar os contextos históricos dentro dos quais foram oriundas as diversas codificações ao longo do tempo e nos diversos países, Oppetit aponta que as obras codificadas representaram, inequivocamente, uma forma de expressão de poder da autoridade do Estado, servindo como fonte de prestígio pessoal para o soberano e como tentativa de eternizar a obra de seu idealizador³³⁸.

O mencionado autor francês exemplifica que tanto na Prússia do Século XVIII como na França do Século XIX, o ideal de codificação do direito sempre esteve ligado à existência de um soberano forte e que visava a ampliar os seus poderes³³⁹.

Na Itália dominada pelo fascismo não foi diferente, vez que a formulação de um novo Código Civil serviria, ao mesmo tempo, como ato de demonstração de força do governo totalitário de Mussolini e como forma de amoldar a realidade jurídica de acordo com os interesses do Estado Italiano fascista da década de 1940³⁴⁰.

³³⁸ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 08.

³³⁹ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 08-09.

³⁴⁰ SOUSA, José Pedro Galvão de. **O Totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 197.

Conforme explica Oppetit o ideal de ruptura por meio do código traz consigo a ideia de aportar algo efetivamente novo e, como demonstram diversas passagens históricas, esta novidade serviu, não raramente, como o meio propulsor para a consagração de uma nova ordem com a intenção de que a mesma permanecesse para sempre e consagrasse o nome de seu idealizador³⁴¹.

Desta forma, não é de surpreender a constatação de que a codificação italiana tenha sido diretamente influenciada por fatores de ordem externa à simples técnica legislativa e à intenção de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico comercial, servindo como meio de prestígio para a autoridade estatal da época.

Ocorre que, ao menos no plano das justificativas públicas, não se costumam sustentar modificações pelo simples desejo de se alterar e consagrar algo novo. Neste sentido, especificamente para o diploma civilista italiano, havia toda uma série de argumentos técnicos lançados pelos governantes para levar à tona as reformas pretendidas pelo então novo Código Civil, em especial para a superação da Teoria dos Atos de Comércio e para a unificação do direito privado italiano.

Com efeito, acerca da estrutura do Código Civil Italiano de 1942, Irti explica que o referido corpo normativo pretendia-se essencialmente sistemático, hermético e capaz de contemplar o ordenamento jurídico privado como um todo, sem falhas, lacunas, ou qualquer necessidade de complementação para além das disposições constantes no Código³⁴².

O mencionado autor afirma que o *Codice Civile* foi a última obra jurídica tipicamente moderna, isto é, foi o último corpo normativo codificado que apresentou a pretensão de completude e perfeição na abrangência do conteúdo do direito³⁴³.

Especificamente em relação à disciplina comercialista, o Código Civil Italiano de 1942, ainda que não tenha sido o primeiro diploma normativo a recepcionar a Teoria

³⁴¹ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 8.

³⁴² IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 24.

³⁴³ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 24.

da Empresa³⁴⁴, consagrou um novo modelo para o direito comercial, rompendo com o paradigma instaurado pelo Código Comercial Francês de 1807 e com a Teoria dos Atos de Comércio³⁴⁵.

O Código Civil Italiano do Século XX, diferentemente do diploma comercialista francês do século anterior, não descreveu quais seriam os atos de comércio para identificar a incidência do direito comercial³⁴⁶. Ao invés dos atos, o *Codice* descreveu uma atividade econômica organizada desempenhada por um sujeito (empresário)³⁴⁷ e esta atividade, por sua vez, englobava inúmeros atos que faziam parte do labor habitualmente desenvolvido pelos empresários³⁴⁸.

Houve, com a adoção da Teoria da Empresa, a ampliação do âmbito de incidência do direito comercial, vez que atos que — antes — não estavam contemplados pela disciplina do direito comercial por não estarem previstos no rol taxativo emanado pelo legislador³⁴⁹, passaram a ser regidos pela disciplina comercialista, como foi o caso da atividade rural voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços³⁵⁰.

O ato de comércio cedia espaço para a concepção de empresa como organização dos fatores de produção, como o mecanismo organizativo que reunia capital e trabalho a fim de que fossem produzidos e intercambiados bens e serviços.

³⁴⁴ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p.1001.

³⁴⁵ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p. 08.

³⁴⁶ CAMPOBASSO, G. F. **Diritto Commerciale: diritto dell'impresa**. Torino: Unione Tipografico, 1986, p.12.

³⁴⁷ Na redação original italiana do art. 2082 do Código Civil de 1942: "*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*". Tradução livre: "é empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços".

³⁴⁸ BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 82.

³⁴⁹ BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 82.

³⁵⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale. L'imprenditore: Impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Falimento**. 5ª ed. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 33.

No plano teórico, a opção do *Codice Civile* pela adoção da Teoria da Empresa era respaldada nas inúmeras críticas feitas à Teoria dos Atos de Comércio³⁵¹, notadamente, as que acenavam a impossibilidade do legislador contemplar satisfatoriamente e de maneira perene uma realidade mutante e dinâmica como a comercial, o que fazia com que o rol de atos previsto pelo código ficasse em dissonância com a realidade da atividade mercantil³⁵².

Neste sentido, fundamentava-se que ao deixar de elencar, um a um, quais seriam os atos de comércio e ao passar a descrever uma atividade — que englobaria um infindável número de atos, abertamente — o Código Civil Italiano, por meio da Teoria da Empresa³⁵³, pretendia superar o antigo paradigma e contemplar a realidade de maneira a suprir as incompletudes apontadas durante a prevalência do antigo modelo vigente³⁵⁴.

Ao analisar esta mudança de paradigma no direito comercial, Grossi também explica que o conceito de empresa trazido pelo *Codice* era fundamentado como necessário para contemplar uma nova realidade do direito privado, para além da concepção estática de propriedade que preponderou durante a modernidade, em que se atribuía importância apenas à relação entre o sujeito proprietário e o objeto que lhe pertencia³⁵⁵ e em que se sustentava que a propriedade seria absoluta por corresponder à natural vocação de cada indivíduo³⁵⁶.

Observe-se que ao se transferir o foco dos atos de comércio para a atividade organizada, estava-se passando de uma noção estática para uma noção dinâmica da

³⁵¹ Algumas das críticas já foram abordadas na dissertação, vide Capítulo 2, item 2.2.

³⁵² Interessante crítica ao sistema estático da época e ainda na tentativa de compatibilizá-lo com uma adequada interpretação do direito comercial é feito por: FARIA, Antonio Bento. **Código Commercial Brasileiro**. v. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929, p. 27.

³⁵³ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 19.

³⁵⁴ Essa é a essência da mudança paradigmática, como explica: LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 23 e 24.

³⁵⁵ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p.1001.

³⁵⁶ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÉVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. v. 6. São Paulo: RT, 2011 p. 1013.

mercancia, e, ainda, estava-se consagrando uma concepção que contemplava de maneira mais ampla a atividade econômica desenvolvida pelos comerciantes.

Grossi descreve que à época de formulação do Código Civil de 1942, justificava-se que a empresa deveria passar a ser vista como uma complexa organização, de modo que assim seria capaz de expressar a nova realidade social e econômica que a compreendia, condizente com o então panorama da atividade econômica italiana e distanciando-se da concepção de que a empresa seria apenas mais um tipo de propriedade a trazer frutos ao seu respectivo dono³⁵⁷.

Escarra sintetiza o espírito sustentado quando da passagem da Teoria dos Atos de Comércio para a Teoria da Empresa, ao afirmar que na nova interface existente entre Estado, direito comercial e codificação, a tutela privada não se restringiria aos interesses dos indivíduos e a empresa deixaria de ser vista como uma simples propriedade do agente privado, servindo também para fins que iriam para além do mero interesse de seu proprietário³⁵⁸.

Grossi explica que com a consagração do novo modelo pelo Código Civil de 1942 é a organização — como a representação de uma atividade dinâmica e que possibilita a produção e a circulação de bens — que passa a importar³⁵⁹. Ao se observar a empresa como organização tira-se o foco do indivíduo e de sua propriedade singular, passando-o para a reunião dos fatores que possibilitam o desempenho da atividade econômica³⁶⁰.

Eis a ruptura consubstanciada na mudança de concepção trazida pelo Código Civil Italiano de 1942, no que tange ao cerne do direito comercial e que, ao menos teoricamente, viria para aperfeiçoar o direito e para que o ordenamento jurídico passasse a contemplar a realidade de maneira satisfatória.

³⁵⁷ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1002.

³⁵⁸ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 17.

³⁵⁹ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1003.

³⁶⁰ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1010.

Neste passo, a substituição do ato de comércio pela noção de empresa e de sua organização tratava-se, no plano teórico, de evolução do sistema do direito comercial, já que a nova realidade, insculpida na produção em massa e na multiplicidade de relações caracterizadora do Século XX, exigia que a empresa fosse considerada como uma organização, não mais como uma simples propriedade.

Além da mudança relativa ao centro de análise da disciplina comercialista, o Código Civil Italiano pretendeu realizar a unificação do Direito Privado no aspecto formal, buscando reger por intermédio do mesmo diploma normativo (Código) o centro do direito privado³⁶¹, rompendo com a autonomia formal de cada disciplina, que existia até então com a vigência de códigos distintos para os diferentes ramos jurídicos privados.

Conforme explica Irti, com a entrada em vigor do Código Civil de 1942, deixou de haver a distinção — no âmbito formal, repete-se — entre as obrigações no campo civil e no campo empresarial, passando a existir um direito comum e um diploma normativo uniforme para reger as relações econômicas privadas italianas da época³⁶².

Para além da unificação do direito das obrigações, o Código Civil Italiano passou a contemplar a teoria geral do direito comercial e também a disciplina trabalhista, passando a abranger, desta forma, a estrutura básica da atividade econômica, composta pelas relações celebradas entre civis, empresários e empregados³⁶³.

É por força desta unificação das disposições a respeito da vida econômica italiana, que ao se referir ao direito privado em geral, a partir da entrada em vigor do *Codice Civile*, Grossi o denomina simplesmente de direito italiano da economia³⁶⁴.

³⁶¹ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Comercial: autonomia ou unificação**. São Paulo: Editora Jalovi, 1989, p. 45.

³⁶² IRTI, Natalino. Examen de Conciencia de um Civilista. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 200. Exceção se faz ao direito marítimo que continuou tendo disciplina separada.

³⁶³ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1010.

³⁶⁴ Tradução livre. No original: "diritto dell'economia". GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1002.

Tratava-se da reunião de todos os fatores ligados ao exercício da atividade econômica dentro de um mesmo corpo normativo, codificado, e pretensamente completo, hermético e perfeito.

Escarra³⁶⁵ e Hentz³⁶⁶ explicam que a ideia de unificação do direito privado não chegou a ser uma novidade do Código Civil Italiano de 1942, até mesmo porque desde o famoso posicionamento de Vivante³⁶⁷, a unificação do direito das obrigações era alvo de discussões na Itália e em toda a Europa, como se pode observar dos escritos de Mossa, muito anteriores à edição do Código Civil³⁶⁸. Os esforços realizados por Teixeira de Freitas, ainda no Século XIX, também demonstram que o tema era focado para além das fronteiras europeias³⁶⁹.

Ascarelli aponta que as discussões ocorriam inclusive na França, país em que foi consagrada não somente a codificação autônoma do direito comercial como também a Teoria dos Atos de Comércio³⁷⁰. Entretanto, consoante explica Escarra, a iniciativa de unificação da disciplina privada não logrou êxito em território francês, em razão das desconfianças francesas, da época, em relação a qualquer tipo de concepção que fosse oriunda da Itália fascista³⁷¹.

Nada obstante, conforme explica Campobasso, a opção pela unificação do direito privado italiano na década de 1940 gerou surpresa aos operadores do direito³⁷², o que é corroborado pela constatação de que o próprio Vivante havia revisto sua posição, sustentando, novamente, a autonomia do direito comercial e a importância de ser compreendido separadamente das outras disciplinas do direito privado³⁷³.

³⁶⁵ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 17.

³⁶⁶ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria geral do novo direito comercial. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2005, p. 33.

³⁶⁷ VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. 5ª ed. v. 1. Madrid: Editorial Reus, 1932, p. 15.

³⁶⁸ MOSSA, Lorenzo. **Diritto Commerciale**. Milano: Società Editrice Libreria, 1937, p. 01.

³⁶⁹ CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 12-13.

³⁷⁰ Sobre a discussão na França: ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1955, p. 90.

³⁷¹ ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 17.

³⁷² CAMPOBASSO, G. F. **Diritto Commerciale**: diritto dell'impresa. Torino: Unione Tipografico, 1986, p.12.

³⁷³ VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. 5ª ed. v. 1. Madrid: Editorial Reus, 1932, p. 15.

A surpresa gerada pela unificação também foi causada pelo fato de que diversos projetos de novos códigos comerciais haviam sido levados à tona desde o reposicionamento de Vivante acerca do tema, sob a coordenação de respeitados comercialistas italianos, e sempre mantendo a separação entre as obrigações no âmbito do direito civil e do direito empresarial, bem como a completa separação formal com o direito do trabalho³⁷⁴.

A partir da entrada em vigor da obra codificada italiana se consolidou o que se poderia chamar de novo paradigma do direito comercial, vez que, conforme já mencionado, o referido Código Italiano consagrou um modelo que serviu de base para as codificações que contemplaram o direito comercial nos mais diferentes países a partir de então³⁷⁵.

Com efeito, a característica de ruptura fez-se bastante presente nas obras codificadas ao longo da história³⁷⁶ e, conforme indica a transformação descrita acima, foi algo que marcou também o Código Civil Italiano de 1942 no direito comercial, com a substituição do modelo dos atos de comércio pela Teoria da Empresa e com a unificação do direito privado.

Ocorre que, conforme observam Arnoldi e Borges, a radical mudança do legislador italiano apresentava-se em sentido contrário ao entendimento doutrinário da época e ficou envolta em mistérios que ainda não foram explicados³⁷⁷.

Nesta esteira, a radical mudança de posicionamento do legislador que culminou na unificação do direito privado, aparece como o primeiro indício de que a opção legislativa pela unificação das disciplinas privatistas constituiu-se em ato com viés essencialmente político, voltado a finalidades que não o simples aprimoramento do direito privado.

³⁷⁴ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p.14.

³⁷⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 10, jul./dez., 2008, p. 14.

³⁷⁶ OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 8.

³⁷⁷ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Comercial: autonomia ou unificação**. São Paulo: Editora Jalovi Ltda, 1989, p. 46. BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**.v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 90.

O fato é que, talvez por mérito do legislador que, conforme apontam Grossi e Irti, conseguiu apresentar de maneira sistemática e organizada o direito comercial³⁷⁸, bem como abranger a complexa realidade que envolve a atividade empresarial³⁷⁹, ficou relegado a segundo plano pela doutrina comercialista o fato de que o diploma normativo italiano sofreu influência dos preceitos fascistas que dominavam a Itália na época.

Conforme explica Forgioni, há autores que não desenvolvem qualquer análise sobre a relação existente entre a codificação, a unificação do direito privado, a Teoria da Empresa e o regime fascista³⁸⁰, restringindo a abordagem a aspectos positivos e não relacionados ao contexto político e social que circunscreveu o diploma codificado italiano da década de 1940³⁸¹.

A respeito do assunto, La Rovere afirma que as heranças do fascismo nas obras italianas em geral foram completamente negligenciadas pela doutrina, tamanho o trauma gerado pelo regime fascista e pela Segunda Guerra Mundial na sociedade italiana³⁸². O autor afirma que esta negligência se afirmou, também, como busca pela própria superação moral do povo italiano, bastante abalado pelos acontecimentos do aludido período histórico³⁸³.

Consonni traz outra explicação para o aparente descaso da doutrina na análise da relação entre o fascismo e as obras produzidas no período, afirmando que desde a queda do regime fascista há uma “guerra de memórias” na Itália, relativa às diferentes

³⁷⁸ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 23.

³⁷⁹ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell’Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p.1006.

³⁸⁰ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 72, nota de rodapé n. 116.

³⁸¹ Exemplos de autores que não dispõem de qualquer comentário e cujas obras foram utilizadas na presente dissertação: AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. **Diritto Commerciale**. Nona Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do novo direito comercial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2005.

³⁸² LA ROVERE, Luca. ‘The Examination of Conscience’ of the Nation: the lost debate about the ‘Collective Guilt’ in Italy. In: **Totalitarian Movements & Political Religion**. Set. 2008. Disponível em: Academic Search Premier, Ipswich, MA, acesso em 17 dez. 2014, p. 188.

³⁸³ LA ROVERE, Luca. ‘The Examination of Conscience’ of the Nation: the lost debate about the ‘Collective Guilt’ in Italy. In: **Totalitarian Movements & Political Religion**. Set. 2008. Disponível em: Academic Search Premier, Ipswich, MA. Acesso em 17 dez. de 2014, p. 188.

interpretações a respeito da influência fascista sobre as obras da época e sobre a própria geração que se seguiu após a queda de Mussolini³⁸⁴.

No mesmo sentido, especificamente em relação à inexistência de análise mais aprofundada acerca da influência fascista sobre as produções jurídicas da época, Cappellini afirma que há uma grande névoa sobre a relação entre o Código Civil e o fascismo, em razão do tema gerar acentuado desconforto para a doutrina italiana³⁸⁵.

Irti também afirma que os juristas italianos costumam analisar o Código Civil de 1942 à margem do contexto de sua formação, sem maior atenção à influência do fascismo sobre o diploma normativo, razão pela qual o tema ficou marginalizado dos estudos jurídicos e sempre foi pouco debatido no meio acadêmico³⁸⁶.

A respeito da carência de trabalhos a respeito da influência fascista sobre o Código Civil Italiano, Hespanha assevera que a justificativa para isso se pauta, sobretudo, na assertiva genérica de que direito e política não se confundem³⁸⁷.

Consoante explica o mencionado autor português: “aquilo que a cultura jurídica crê é que, sendo a ‘ciência jurídica’ um labor de racionalização, esta nunca poderia aceitar o irracionalismo, a emotividade e a desmedida. Justamente traços que teriam caracterizado a ideologia fascista”³⁸⁸.

Partindo das observações acima, pode-se afirmar que a influência do fascismo sobre o diploma civilista, especificamente no que diz respeito à Teoria da Empresa e à unificação do direito privado, permaneceu imersa na névoa e na dificuldade de se enfrentar o problema fascista.

Para que se observe a relação entre o fascismo italiano e o direito comercial codificado, primeiro é necessário ter a exata noção a respeito dos elementos

³⁸⁴ Tradução livre. No original: “War of memories”. CONSONNI, Manuela. A war of memories: de Felice and his *Intervista sul Fascismo*. **Journal of Modern Jewish Studies**. Ipswich: 2006, p. 43-56.

³⁸⁵ CAPPELLINI, Paolo. Il fascismo invisibile: una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 175-292, p. 178.

³⁸⁶ IRTI, Natalino. Una Generación de Juristas. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 155-156.

³⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. In: **Análise Social**. Vol. XXXVII (165), 2003, p. 1285-1302, p. 1285.

³⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. In: **Análise Social**. Vol. XXXVII (165), 2003, p. 1285-1302, p. 1286.

caracterizadores do fascismo, vez que a doutrina expressa a dificuldade de se encontrar uma definição pacífica acerca do que foi o regime fascista, em especial por força de suas modificações em outros países, que não a Itália³⁸⁹.

Para fins da presente dissertação, adota-se a compreensão de fascismo italiano expressa por Gentile, o qual caracteriza o regime chefiado por Mussolini como³⁹⁰:

uma concepção da política e de forma mais geral da vida de tipo místico, fundada no primado do ativismo irracional (confiança na ação direta e resolutora) e no desprezo pelo indivíduo comum ao qual se contrapunha a exaltação da coletividade nacional e das personalidades extraordinárias (elites e super-homem), dos quais descendia o mito – essencial no fascismo – do capo.

Nas palavras do próprio ditador Mussolini encontra-se a síntese do pensamento econômico fascista que se toma por base no presente trabalho. Pautado na ordenação da economia em prol dos interesses do Estado italiano totalitário, o *Capo* pronunciava que: “[s]e ha um fenomeno que deve sêr ordenado e destinado a certos e determinados fins, é sem duvida o fenomeno economico, que interessa todos os cidadãos”³⁹¹.

Esta configuração de interesses convergindo à vontade estatal é justamente o elemento caracterizador dos regimes totalitários, dentro do qual se insere o contexto que circunscreveu o período em que se deu a entrada em vigor do *Codice* italiano de 1942³⁹².

³⁸⁹ Autores que tratam a respeito da problemática em se definir o fascismo são: FIORANI, Mário. **Breve História do Fascismo**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1963, p. 9 e 175. SAVARINO, Franco. Juego de Ilusiones: Brasil, México y los “fascismos” latinoamericanos frente al fascismo italiano. In: **História Crítica**, n. 37, jan./abr. 2009, p. 121.

³⁹⁰ GENTILE, Emilio. **A Itália de Mussolini e a origem do fascismo**. Tradução de Fátima Conceição Murad. São Paulo: Ícone, 1988, p. 79.

³⁹¹ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 48-49.

³⁹² SOUSA, José Pedro Galvão de. **O Totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 197.

A respeito do Estado totalitário, Sousa explica que “converte o homem em instrumento do Estado, em vez de fazer do Estado o instrumento do homem. A injustiça e a novidade do Estado totalitário consistem na estatização de toda a vida humana”³⁹³.

É conhecida a máxima fascista proferida por Mussolini no discurso de 28 de outubro de 1925: “tudo no Estado, nada fora do Estado nada contra o Estado”³⁹⁴, o que já demonstrava o viés totalitário que viria anos depois e o acentuado caráter de estatização da vida humana, em todos os seus aspectos.

Esta configuração totalitária-fascista, por sua vez, produziu relevantes efeitos sobre a interpretação a respeito de todo o fenômeno econômico e, por conseguinte, sobre a disciplina da atividade comercial pela legislação italiana.

À época da construção da ideologia e do fomento do poder fascista, Mussolini invocava seus compatriotas a lutarem contra a crise do sistema capitalista, apontando a necessidade do povo adotar o ideal colaboracionista — todos em prol do Estado — vez que, na opinião do então futuro ditador, o modelo liberal era responsável pela crise que afligia a Itália³⁹⁵.

Aproveitando-se da crise vivida em grande parte da Europa após a Primeira Guerra Mundial³⁹⁶, Mussolini convocava os italianos a lutarem contra o capitalismo liberal, afirmando que o sistema consagrado na Modernidade já estava saturado e que o meio de sanar os problemas era a intervenção estatal³⁹⁷.

Nas palavras do ditador italiano: “[é] justamente este o momento em que a onda capitalista, achando-se em dificuldades, atira-se nos braços do Estado; é o momento em que se torna cada vês mais necessária a intervenção do Estado”³⁹⁸.

Com base nas características do fascismo e no consequente contexto histórico dentro do qual foi oriundo o Código Civil de 1942, Forgioni explica que a Itália fascista

³⁹³ SOUSA, José Pedro Galvão de. **O Totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 197.

³⁹⁴ Tradução livre. No original: “Tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato”. Disponível em: http://www.mussolinibenito.it/discorsodel28_10_1925.htm. Acesso em 20 dez. 2013.

³⁹⁵ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 18-22.

³⁹⁶ GENTILE, Emilio. **A Itália de Mussolini e a origem do fascismo**. Tradução de Fátima Conceição Murad. São Paulo: Ícone, 1988, p. 10.

³⁹⁷ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 20.

³⁹⁸ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 20.

era caracterizada pelo fato de que as garantias individuais eram suprimidas em homenagem a um pretense interesse estatal que se sobreporia à vontade das pessoas individualmente consideradas³⁹⁹.

É justamente a prevalência deste interesse estatal que fundamentava as ações que restringiam as liberdades individuais e relativizações nos direitos dos indivíduos, de modo que tudo e todos deveriam estar à disposição dos objetivos estatais⁴⁰⁰.

Com a entrada em vigor da obra codificada italiana, o elemento primordial e pressuposto para a atividade econômica passava a ser a tutela do interesse estatal, bem como a guarida dos interesses fascistas para a consecução de seus objetivos, aos moldes do pensamento colaboracionista e totalitário que se estava a erigir.

Se antes, durante a Idade Média e em expressiva medida durante a Idade Moderna, o direito comercial era concebido para proteger os comerciantes, agora estava circunscrito numa lógica voltada a atender, principalmente, aos interesses do Estado⁴⁰¹.

Conforme explica Romita, nem mesmo o direito do trabalho escapou da apreensão pelos objetivos estatais do Fascismo, já que se sustentava à época de vigência do regime que “o trabalho é um dever social; a esse título, e somente a esse título, é tutelado pelo Estado. Portanto, em vez de sujeito protegido, o trabalhador é visto como elemento de cooperação no esforço dos superiores interesses da produção nacional”⁴⁰².

Destarte, não somente o direito comercial, como também o direito do trabalho deveria estar à disposição e sob a égide dos ideais fascistas e colaboracionistas do regime totalitário. E, a unificação da atividade econômica em um único diploma normativo facilitaria esta ordenação e sistematização com base nos preceitos do fascismo.

³⁹⁹ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

⁴⁰⁰ FIORANI, Mário. **Breve História do Fascismo**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1963, p. 176.

⁴⁰¹ GRAZIANI, Alessandro. **L'Impresa e L'Impreditore**. 2ª ed. Napoli: Morano Editore, 1959, p. 16.

⁴⁰² ROMITA, Arion Sayão. Princípios em Conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável - o negociado e o legislado. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 107, jul. 2002, p. 16.

Ao discorrer sobre os objetivos do Código Civil Italiano de 1942 e, especificamente sobre a unificação do direito privado, Galgano expressa que a justificativa pública era a de que a unificação do direito privado faria com que houvesse um direito “aplicado a todos, de modo a formar uma sociedade sem classe, baseada na colaboração”⁴⁰³.

Ao se referir à unificação do direito civil e do direito comercial no que tange à disciplina das obrigações, Galgano explica que à época da formulação do Código Civil Italiano, a justificativa pública para reforma do direito privado era de que a multiplicidade de códigos representava lesão à igualdade dos cidadãos perante à lei e que não seria sustentável continuar com os privilégios atribuídos às classes, em especial no contexto de crise econômica que caracterizava a Itália⁴⁰⁴.

Neste mesmo sentido que Graziani explica que a vontade declarada do Estado italiano era de cessar o privilégio de um código especial destinado aos comerciantes, o qual fosse voltado unicamente aos interesses da classe mercantil⁴⁰⁵. Novamente, portanto, observa-se que a justificativa pública para a mudança no direito privado era por intermédio de um discurso pela igualização dos sujeitos, tal qual ocorreu no Código Comercial Francês de 1807.

Diante do complexo cenário que envolvia justificações do Estado, a crise econômica e o regime fascista, Galgano afirma que a justificativa pública de necessidade de unificação do direito privado para o rompimento dos privilégios da classe mercantil, a fim de que todas as pessoas fossem igualadas, não era verdadeira, já que havia uma razão ideológica por trás da unificação do direito privado que não era simplesmente de igualar os indivíduos⁴⁰⁶.

Campobasso também afirma que a escolha pela unificação teve motivação ideológica que não o simples igualar dos comerciantes aos não comerciantes⁴⁰⁷. Para o mencionado autor, a verdadeira motivação para a unificação residia no fato de que a

⁴⁰³ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 48.

⁴⁰⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 47.

⁴⁰⁵ GRAZIANI, Alessandro. **L'Impresa e L'Impreditore**. 2ª ed. Napoli: Morano Editore, 1959, p. 16.

⁴⁰⁶ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 47.

⁴⁰⁷ CAMPOBASSO, G. F. **Diritto Commerciale: diritto dell'impresa**. Torino: Unione Tipografico, 1986, p.12.

manutenção da distinção entre direito civil e direito comercial viria contra a visão corporativa da economia, sustentada pelo regime fascista e basilar para o Estado italiano da época⁴⁰⁸. Ao se conceber a existência de um direito para proteger uma classe, estar-se-ia distanciando da unificação de esforços em prol do Estado.

Ferri igualmente aponta que a preocupação central na opção legislativa não era de simplesmente igualar o regime jurídico incidente sobre os indivíduos, tal qual divulgado publicamente, mas, sim, a preocupação era de ordem econômica para regulação de toda atividade privada, nos moldes como pretendido pela política fascista⁴⁰⁹. A luz do pensamento colaboracionista italiano fascista, as classes deveriam ser suprimidas em prol de uma unidade que garantisse a assunção do interesse estatal como primordial na vida da sociedade italiana⁴¹⁰.

O aludido autor italiano explica que a guinada no sistema — com a unificação do direito privado — se deu em torno do conceito de empresa⁴¹¹ e, a partir desta assertiva de Ferri, pode-se complementar a análise a respeito da relação entre o direito comercial consagrado no Código Civil de 1942 e o regime fascista dominante na época, por meio da verificação de que, tanto quanto a unificação do direito privado, a Teoria da Empresa serviu aos ideais fascistas.

Com efeito, consoante explica Asquini foi por intermédio da adoção de um novo significado para a empresa que se operou a inserção da disciplina comercialista no *Codice Civile*⁴¹².

Nas palavras de Asquini a respeito da nova concepção de empresa⁴¹³:

[f]oi o ordenamento corporativo que adotou, pela primeira vez em nossa legislação, o conceito de empresa no seu significado econômico-técnico de

⁴⁰⁸ CAMPOBASSO, G. F. **Diritto Commerciale**: diritto dell'impresa. Torino: Unione Tipografico, 1986, p.12.

⁴⁰⁹ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962, p.07.

⁴¹⁰ FIORANI, Mário. **Breve História do Fascismo**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1963, p. 176.

⁴¹¹ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª edição. Torino: Editrice Torinese, 1962, p.07.

⁴¹² ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 104, out/dez de 1996, p. 112.

⁴¹³ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 104, out/dez de 1996, p. 112.

organização da produção, para a troca, com referência a cada setor da economia, reconhecendo e identificando em relação a tal conceito, as diversas categorias profissionais: empregadores ou empresários de um lado; empregados, dependentes da empresa, de outro.

A empresa, compreendida a partir da entrada em vigor do Código Civil como organização da produção, passou a ser vista como símbolo do novo tempo, em substituição ao antigo pensamento moderno, englobando a realidade de modo mais complexo e próximo⁴¹⁴.

Grossi explica que o novo conceito de empresa se inseria precisamente no contexto que circunscrevia a Itália e, por intermédio desta nova concepção, a atividade empresarial se prestaria ao ideal corporativista defendido pelo regime fascista italiano⁴¹⁵.

Portanto, foi com a consagração de uma nova concepção de empresa, tornando-a abstrata e expandido os seus ideais para que o Estado fosse beneficiado, que se direcionou o direito comercial para contribuir com a consecução dos objetivos fascistas.

A respeito do assunto, Forgioni observa que a consagração da nova concepção de empresa e a alteração na sistemática do direito comercial ocorre a partir da concepção de dirigismo econômico, de modo que a disciplina comercialista passa a ser vista pelo Estado fascista como instrumento a viabilizar o direcionamento estatal da economia⁴¹⁶.

A partir das lições de Grossi, depreende-se que a Teoria da Empresa deixou claro que os interesses envolvidos pela atividade comercial — e, conseqüentemente, pelo direito comercial — não eram mais destinados somente para a tutela dos interesses individuais, mas, principalmente, para um interesse dito estatal e de todos⁴¹⁷.

⁴¹⁴ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1006.

⁴¹⁵ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1006.

⁴¹⁶ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

⁴¹⁷ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1003.

É com base neste contexto e observando a entrada em vigor do Código Civil de 1942 que Irti afirma que o Estado Nacional italiano passa de expectador para protagonista da área econômica⁴¹⁸, assumindo o posto que Mussolini desejava, com a predominância do Estado em toda a área econômica⁴¹⁹.

Esta passagem de expectador para protagonista da economia, por sua vez, mostra-se o centro de justificativa real de reforma do direito comercial italiano, acentuando, novamente, a influência da relação entre direito comercial e Estado sobre a forma de expressão da disciplina comercialista, neste contexto de prevalência do regime fascista.

Assim como a unificação do direito privado não significou, simplesmente, o igualar dos sujeitos, mas, a adequação do sistema para que todo o direito estivesse voltado a atingir os ideais fascistas, a Teoria da Empresa não representou uma mera evolução contemplativa do direito comercial, mas, o direcionamento da empresa para atender aos interesses estatais.

Nas palavras de Forgioni a respeito da noção de empresa e da atuação estatal sobre a economia italiana é possível identificar a importância da reconstrução do significado de empresa⁴²⁰:

[a] empresa é vista como arena de encontro de interesses que devem ser harmonizados conforme a ordem pública. Ao discipliná-la, o Estado intervém na relação entre sócios e empregados, decidindo quem será tutelado. Externamente, a atividade da empresa também é condicionada pelos ditames do corporativismo, devendo servir à nação.

Grossi, após mencionar que o pensamento colaboracionista ligado ao conceito de empresa teve sua origem na Alemanha, sintetiza com clareza a estrutura que pautou a incorporação da disciplina comercialista pelo Código Civil Italiano⁴²¹:

⁴¹⁸ IRTI, Natalino. *Leyes Especiales: del mono-sistema al poli-sistema*. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S/A, 1992, p. 94.

⁴¹⁹ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 20.

⁴²⁰ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

⁴²¹ Tradução livre. No original: "il necessario primato dell'economia, il fine incombente della maggiore e migliore produzione, la necessitá di una organizzazione razionale che, al di là di impensabili personalismi,

o necessário primado da economia, a finalidade incumbente da maior e melhor produção, a necessidade de uma organização racional que, para além do impensável personalismo, tenda ao resultado objetivo, requisitado pela sociedade, de perseguir apenas aquela finalidade [corporativista/fascista italiana].

Irti explica que esta transformação no direito privado em geral e no direito comercial em particular, com a aproximação dos interesses do Estado à legislação privatista, ocorreu não somente com a nova concepção de empresa e com a unificação do direito privado, como também por intermédio do erigir da *Carta del Lavoro* — documento central da doutrina fascista — ao centro de todo o direito privado italiano⁴²².

Com os pressupostos da aludida *Carta*, o direito comercial passava a servir como mecanismo para a consecução dos objetivos fascistas, notadamente para o escopo corporativista defendido pelo governo italiano da época⁴²³, perfazendo o supracitado direcionamento privado à consecução dos objetivos do Estado fascista.

Se antes da entrada em vigor do *Codice*, Mussolini reclamava que a economia ficava limitada ao Código Comercial⁴²⁴, agora, sob a luz da *Carta*, era o direito comercial quem se voltaria aos interesses do Estado, ao invés de proteger simplesmente a classe comerciante.

A *Carta del Lavoro* reconhecia ser a iniciativa privada no domínio da produção o instrumento mais eficaz ao interesse da nação⁴²⁵. Com esta concepção, ganha força a compreensão da empresa como instituição abstrata voltada a colaborar com as finalidades do Estado fascista comandado por Mussolini. A empresa como instituição,

tenda al risultato obbiettivo, richiesto dalla società, di perseguire appieno quel fine”. (GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell’Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1001).

⁴²² IRTI, Natalino. Leyes Especiales: del mono-sistema al poli-sistema. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 95.

⁴²³ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.69.

⁴²⁴ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 14.

⁴²⁵ Tradução livre. No original: “VII. Lo Stato corporativo considera l’iniziativa privata nel campo della produzione come lo strumento più efficace e più utile nell’interesse della Nazione “.

no perfil corporativo de Asquini⁴²⁶, apresenta-se com este sentido abstrato voltado a, essencialmente, colaborar para a consecução dos objetivos fascistas.

Como se percebe, esta colaboração da empresa com o Estado não veio a ser algo voluntário por parte dos comerciantes⁴²⁷, até mesmo porque a atividade comercial é marcada pela busca pelo lucro para o próprio agente privado⁴²⁸. O fato é que a colaboração se tornou verdadeira exigência do Estado Italiano e foi positivada no contexto do fascismo e da Segunda Guerra Mundial.

Com esta aproximação entre os objetivos da atividade comercial aos ditames do Estado, a classe comerciante passava a ser unida, ao menos no aspecto formal, a todos os italianos na luta pela consecução dos objetivos fascistas.

Conforme explica Gentile, o movimento do fascismo fundava-se na ideia de organização de todos os fatores de produção, de modo que a sistematização destes fatores em prol do Estado conduziria à superação da crise instaurada pelo capitalismo liberal⁴²⁹. Com a transformação do direito comercial, a atividade econômica privada também passaria a ser utilizada como mecanismo de superação da crise do sistema capitalista, tão propalada por Mussolini desde a década de 1920⁴³⁰.

Consoante discorre Casanova, os fascistas justificavam que a configuração política e o contexto de guerra exigiam a conformação de todos com a transformação da indústria de paz em indústria de guerra, sem resguardo ao objeto social normal da atividade anteriormente desenvolvida pela empresa, controlando quantitativa e qualitativamente a produção do comércio em todos os seus segmentos⁴³¹.

⁴²⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 104, out/dez de 1996, p. 112.

⁴²⁷ Ainda que haja posicionamento diverso, inclusive sustentando que a classe dos pequenos burgueses foi a responsável pela disseminação do fascismo italiano. A respeito ver: ROSENBERG, Arthur. Fascism as a Mass-Movement. In: **Historical Materialism**. v. 20. Ipswich: p. 145. Também é apresentado este posicionamento em: PRESTON, Paul. Reading History: Fascism. p. 47 In: **History Today**. v. 35, setembro de 1985, p. 47.

⁴²⁸ FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

⁴²⁹ GENTILE, Emilio. **A Itália de Mussolini e a origem do fascismo**. Tradução de Fátima Conceição Murad. São Paulo: Ícone, 1988, p. 11.

⁴³⁰ MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938, p. 18-22.

⁴³¹ CASANOVA, Mario. **Le Imprese Commerciali**. Torino: Editrice Torinese, 1955, p. 31.

Ao reformular a disciplina comercialista e ao conceber o direito comercial como mecanismo para que se alcançassem os objetivos corporativistas do regime fascista, o Estado italiano trouxe um novo estágio de vinculação entre o direito comercial e o ente estatal: era o Estado intervindo sobre o direito comercial para que este regesse a disciplina comercialista em consonância com os ideais estatais.

Nota-se que à época da codificação francesa, a aproximação entre Estado e direito comercial ocorreu como forma do ente estatal buscar a corrigir falhas do mercado, como as especulações que estavam contribuindo para a crise econômica do país no início do Século XIX⁴³².

Após, no contexto italiano e da consagração do Código Civil de 1942, o Estado mais do que simplesmente corrigir veio a ingerir diretamente sobre a regulação da atividade mercantil, num modelo de dirigismo econômico. Neste sentido, explica Forgioni, que a empresa se tornou “instrumento que deveria viabilizar o direcionamento estatal da economia”⁴³³, na ideia corporativa dominante na Itália.

E, justamente, por este caráter de ineditismo da interferência do Estado sobre a economia por intermédio do direito comercial, que parece haver relevante influência do regime prevalecente à época sobre o modo de expressão da disciplina comercialista.

Veja-se que a ideia de corporativismo é bastante ligada à noção de organização — que foi consagrada no novo conceito instaurado pelo código — visto que a empresa passa a ser identificada como uma conjunção de esforços, pessoas e bens destinados ao exercício de uma finalidade comum⁴³⁴. Este era o espírito e o discurso do fascismo, expresso e refletido na disciplina comercialista contida no Código Civil de 1942.

⁴³² PEYRAMAURE, Maître Philippe. El Código de Comercio Francés desde su pasado y hacia su futuro. In: HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008, p.54.

⁴³³ FORGIONI, Paula. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.67.

⁴³⁴ GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell’Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1003.

No mesmo sentido, a unificação do direito privado era conveniente para os ideais fascistas, a fim de demonstrar que todos os interesses deveriam convergir para um norte único, aquele designado pelo chefe de estado italiano.

Assim, o direito comercial deixou de ser compreendido como aquele destinado a assegurar boas condições para o exercício da atividade mercantil, sendo substituído pela concepção de que se tratava de um mecanismo que, tal qual os outros ramos do direito, prestava-se, primordialmente, a alcançar as finalidades do ente estatal.

É de se notar, por fim, que a influência do fascismo sobre a radical mudança no direito privado italiano, consubstanciada na adoção da Teoria da Empresa e na unificação do direito privado, é, atualmente, reconhecida oficialmente pelo Ministério de Justiça Italiano⁴³⁵.

3.2 DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO, DECODIFICAÇÃO E POSSÍVEL SIGNIFICADO DAS NOVAS INICIATIVAS CODIFICADORAS DA DISCIPLINA COMERCIALISTA

Não se poderia encaminhar ao final da presente dissertação sem antes analisar o fenômeno ou o complexo de fenômenos que caracterizou o direito, em geral, e o direito comercial, em particular, após a queda do fascismo na Itália, ainda na década de 1940, e que continua expressando seus diversos reflexos na atual configuração do ordenamento jurídico em territórios francês, italiano e brasileiro, mormente em relação à (de)codificação.

A referida análise se faz importante até mesmo porque há expressiva divergência quanto ao fenômeno da codificação do direito privado no período que se

⁴³⁵ No ano de 2013 foi editado pelo Ministério da Justiça da Itália a obra *I Lavori Preparatori dei Codici Italiani*, em que é narrado o contexto histórico e são discriminadas as etapas legislativas dos códigos italianos e em que se reconhece a determinante influência fascista sobre a radical mudança que houve no direito privado italiano a partir da entrada em vigor do Código Civil de 1942. (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. **I Lavori Preparatori dei Codici Italiani**, Disponível em: http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/LavPre_versione2013.pdf, acesso em 20 nov. 2013).

segiu ao final da Segunda Guerra Mundial, a tal ponto que enquanto Irti preconizou o fim da era das codificações⁴³⁶, Sacco afirmou que o pós-guerra ficou caracterizado pela efervescência e pela consagração de novas obras codificadas⁴³⁷.

A abordagem do fenômeno jurídico e, especificamente, da codificação do direito comercial no período pós-guerra, pode ser fundamentada por meio da análise da compreensão a respeito da existência ou inexistência de efeitos fascistas sobre o direito privado no Brasil, a partir da recepção brasileira de parte do conteúdo do Código Civil Italiano de 1942 que, conforme observado, foi influenciado pelo fascismo.

Em primeiro lugar, é imperioso lembrar que a Teoria da Empresa e a unificação do direito privado serviram de inspiração para diversos códigos, em países com culturas completamente diversas e em contextos históricos muito diferentes entre si e, sobretudo, em comparação àquele que caracterizou a Itália quando da edição do *Codice Civile*⁴³⁸.

A respeito do assunto, Sacco observou que tanto o Código Civil Egípcio⁴³⁹ quanto o Código Civil Polonês⁴⁴⁰ — ambos nascidos após a Segunda Guerra Mundial e em países que muito foram abalados pelos ataques fascistas e nacionais socialistas — adotaram as disposições do Código Civil Italiano a respeito do direito de empresa, o que demonstra a grande expansão da obra codificada italiana no que tange ao direito comercial, até mesmo em países devastados pelas ações bélicas do eixo⁴⁴¹.

Com efeito, é de conhecimento geral que o legislador brasileiro também optou por, em expressiva medida, reproduzir a normativa contida no Código Civil de 1942

⁴³⁶ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 31.

⁴³⁷ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 120.

⁴³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 10, jul./dez., 2008, p. 14.

⁴³⁹ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983 p. 126.

⁴⁴⁰ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 127.

⁴⁴¹ HASTINGS, Max. **O mundo em guerra 1939-1945**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012, p. 26-28 e 123.

quanto ao regime jurídico da atividade empresarial, a começar pela adoção da Teoria da Empresa e pela própria unificação do direito das obrigações⁴⁴².

Assim é que ao se tomar como pressuposto os fundamentos lançados anteriormente a respeito da influência fascista sobre a Teoria da Empresa e sobre a unificação do direito privado na Itália⁴⁴³, poder-se-ia indagar como Estados Nacionais que não compactuaram com o regime de Mussolini, tal qual o Brasil, adotaram a supramencionada configuração do ordenamento jurídico empresarial e quais os efeitos decorrentes desta adoção.

Como marco inicial de análise a respeito da realidade brasileira, afirma-se que a influência fascista sobre a formulação da Teoria da Empresa e sobre a unificação do direito privado não trouxe reflexos no Brasil a ponto de aproximar o Estado brasileiro da lógica do Estado fascista, analisada anteriormente neste capítulo.

Nesta esteira, pareceria precipitado afirmar que a partir da adoção da Teoria da Empresa no Brasil, a iniciativa privada brasileira teria ficado totalmente submissa aos interesses do Estado, o que, no contexto original de formação da teoria chegou a ser reconhecido na Itália, durante o governo fascista chefiado por Mussolini.

No mesmo sentido, não pareceria correto sustentar que a unificação do direito das obrigações no Brasil teria servido para facilitar o manejo das relações privadas pelo poder público a fim de que o mesmo pudesse impor seus preceitos absolutistas, já que tal realidade, presente quando da formulação do diploma italiano de 1942, parece alheia ao contexto brasileiro do início do Século XXI.

Desta forma, tem-se como ponto de partida que a despeito da existência de influência fascista sobre o direito comercial positivado no *Codice* e em que pese o Brasil ter adotado as disposições do diploma normativo italiano no Código Civil de 2002 a respeito do direito de empresa, não houve a produção direta de efeitos da lógica fascista em território brasileiro.

⁴⁴² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não Empresária: Um paradoxo a ser enfrentado. In: KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante (Org.). **Direito Empresarial**: os novos enunciados da Justiça Federal. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 173.

⁴⁴³ Cf. Capítulo 3, item 3.1.

Assim, cabe analisar quais foram os fatores que contribuíram para o fato de não ter havido a aludida aproximação entre uma normativa diretamente influenciada pela lógica fascista, com o Estado brasileiro que adotou as normas positivadas no diploma italiano.

Uma possível resposta poderia ser construída a partir dos posicionamentos de Galgano⁴⁴⁴ e Rotondi⁴⁴⁵ que asseveraram que a despeito do fascismo ter influenciado a formulação do Código Civil Italiano, na parte relativa ao direito comercial, não se poderia identificar traços do regime fascista no referido diploma normativo.

Na interpretação dos mencionados autores, a tecnicidade e a competência da comissão de juristas italianos que formularam o Código Civil de 1942 fizeram com que o diploma civilista não tivesse incorporado a lógica fascista e que, portanto, houvesse ficado distante do contexto político da época⁴⁴⁶.

Tal assertiva, no âmbito brasileiro, poderia ser referendada pelo fato de que o Código Civil de 2002 foi formulado, tal qual o italiano, por juristas com indubitável conhecimento jurídico e que também prezaram pela tecnicidade na elaboração do diploma civilista codificado⁴⁴⁷, razão pela qual este aspecto técnico poderia ter se sobreposto à nefasta influência ideológica que marcou o *Codice Civile*.

Entretanto, a explicação do afastamento da influência de normas influenciadas pelo fascismo por conta da tecnicidade dos membros pertencentes às comissões responsáveis pela formulação do Código Civil Brasileiro, poderia conduzir a explicações tipicamente modernas, em que se sustentava a radical separação entre direito e política, como se ambas fossem completamente autônomas, incomunicáveis e impenetráveis⁴⁴⁸, o que não manteria a linha histórica do presente trabalho.

⁴⁴⁴ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 48.

⁴⁴⁵ ROTONDI, Mario. **La Scienza del Diritto in Italia dalla Prima Codificazione ad Oggi**. Lisboa: 1968, p. 21.

⁴⁴⁶ GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004, p. 48. ROTONDI, Mario. **La Scienza del Diritto in Italia dalla Prima Codificazione ad Oggi**. Lisboa: 1968, p. 21.

⁴⁴⁷ COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da Codificação Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 825, jul. 2004, p. 735.

⁴⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. In: **Análise Social**. Vol. XXXVII (165), 2003, p. 1285.

Para se evitar tal justificativa, a complementação da análise poderia advir das lições de Sacco. Segundo o autor italiano há dois tipos diferentes de códigos: (i) os originais e (ii) os imitados. Enquanto os primeiros seriam aqueles que efetivamente inauguram uma nova ordem, trazendo consigo elementos que perfazem uma realidade jurídica original, os segundos seriam meras reproduções de códigos de outros países, não aportando qualquer novidade substancial⁴⁴⁹.

Tal diferença é importante porque Sacco identifica que um código imitado traz consigo uma posição particular dentro do ordenamento jurídico em que foi inserido, já que — na interpretação do autor — este tipo de código “fatalmente encontrará uma resistência, voluntária ou involuntária, na fase de sua aplicação”, por ter sido formulado em contexto outro que não o do Estado Nacional em que haverá a (nova) aplicação⁴⁵⁰.

No caso brasileiro, é bastante claro que o Livro II do Código Civil, o Livro da Empresa, foi uma imitação do direito italiano, já que houve a praticamente inequívoca recepção da normativa contida na obra codificada italiana, inclusive com a recepção da nova concepção de empresa, erigida ao patamar de centro do ordenamento jurídico comercialista⁴⁵¹.

Seguindo a distinção apontada por Sacco, poder-se-ia defender que a potencial influência fascista sobre a realidade brasileira teria encontrado óbice na desconfiança natural por parte dos juristas brasileiros no momento de aplicação da normativa, vez que, caracterizada estava a reprodução de disposições formadas em outro país, tal qual um código imitado, ao menos em relação ao cerne do direito comercial.

Todavia, ao se observar o silêncio da doutrina comercialista brasileira a respeito do tema, não parece que o óbice à não repercussão dos objetivos fascistas encartados ou, ao menos, fortemente inspiradores das disposições do *Codice Civile*,

⁴⁴⁹ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 126.

⁴⁵⁰ Tradução livre. No original: “fatalmente una resistenza — voluta o inconscia — nella fase della sua applicazione” (SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 126).

⁴⁵¹ Ribeiro, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. Empresa não Empresária: Um paradoxo a ser enfrentado. In: Suzy Elisabeth Cavalcante Koury. (Org.). **Direito Empresarial**. Os novos enunciados da Justiça Federal. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 173.

tenha sido originado do simples fato do Livro da Empresa do Código Civil Brasileiro de 2002 ter reproduzido as disposições do diploma civilista italiano do século passado.

Por conseguinte, a luz do viés histórico assumido pela presente dissertação, a análise específica acerca da recepção da Teoria da Empresa e da unificação (parcial) do direito privado pelo Código Civil de 2002, passa pela compreensão do ambiente institucional brasileiro da época, em especial pela nova concepção sistemática do direito consagrada com a entrada em vigor da Constituição de 1988.

A respeito do assunto, as palavras de Barroso identificam a importância e o significado da Constituição Federal para a nova ordem jurídica instituída a partir de então, bem como retrata o ambiente institucional construído em torno da Carta Magna⁴⁵²:

Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. (...). Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.

Neste ponto parece haver a primeira aproximação entre o esclarecimento a respeito da não contaminação do Estado brasileiro pelos preceitos fascistas enraizados nas disposições centrais a respeito do direito comercial e a compreensão do fenômeno codificador pós-Segunda Guerra Mundial. Explica-se.

A influência fascista sobre a normativa brasileira acabou refutada — ainda que tacitamente — pelos preceitos democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988, razão pela qual a influência fascista existente na normativa italiana não produziu efeitos em território brasileiro por força da interpretação conferida pelos operadores às normas do Código Civil, sob a égide da Constituição Brasileira.

Em outras palavras, por mais que o Código Civil Brasileiro de 2002 tenha recepcionado a normativa com influência fascista, vez que, repete-se, a Teoria da

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto; CLÉVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 144.

Empresa e a unificação do direito privado eram convenientes à consecução dos ideais fascistas na Itália, a essência democrática das normas constitucionais prevaleceu no Brasil, impossibilitando, sequer, algum viés interpretativo relacionado ao fascismo.

Portanto, pode-se entender que em virtude do Código Civil Brasileiro ter entrado em vigor num ambiente institucional completamente diferente do italiano de 1942, essencialmente caracterizado pela predominância de ideais democráticos encartados na Constituição de 1988, a influência fascista não produziu efeitos perante o direito comercial brasileiro.

Neste passo, a partir da leitura de Fachin⁴⁵³ e de Tepedino⁴⁵⁴, sob o aspecto jurídico-sistemático, pode-se observar que o diploma civilista brasileiro entrou em vigor num período histórico em que as concepções basilares do direito eram distintas das que prevaleciam na Itália.

Na ordem jurídica brasileira do início do Século XXI, a recepção das normas do código italiano pelo diploma civilista brasileiro ocorreu quando da compreensão da Carta Magna como centro do ordenamento jurídico pátrio⁴⁵⁵, o que alterou completamente a configuração sistemática do direito se comparadas as duas realidades.

Ao invés de centro do direito no Brasil, o Código Civil assumiu uma condição secundária, de modo que sua interpretação ficou sujeita aos preceitos contidos na Constituição Federal, isto é, as normas civilistas estavam sujeitas, interpretativa e sistematicamente, aos preceitos democráticos consagrados no principal diploma normativo vigente no país⁴⁵⁶.

Assim, é de se concluir que a obra codificada civilista brasileira de 2002 possuía distinta relevância para o ordenamento jurídico se comparada às pretéritas codificações analisadas na presente dissertação (Código Comercial Francês de 1807 e

⁴⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.5-10.

⁴⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47.

⁴⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.8.

⁴⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.8.

Código Civil Italiano de 1942), visto que desde o erigir da constituição ao patamar de centro do direito, inclusive privado, rompeu-se com a noção de centralidade do diploma codificado⁴⁵⁷.

A mudança na centralidade ocupada pelo Código Civil pode ser observada, a título exemplificativo, no fato de que tanto no exemplo da codificação francesa do Século XIX, quanto no da codificação italiana do Século XX, o Estado interviu — via código — para, em diferentes graus, proteger seus interesses.

Nada parece mais representativo da importância atribuída ao diploma civilista da época (o que vinha desde a Modernidade⁴⁵⁸), vez que o ente estatal se utilizava do Código para moldar a atuação e para adequar a atividade privada aos interesses estatais.

De modo contrário, no contexto constitucionalizado, a interferência estatal via Código Civil haveria de estar em consonância com os ditames constitucionais, visto que as normas contidas no diploma normativo civilista necessariamente deveriam estar de acordo com a Constituição, norte interpretativo para todo o direito.

Consequentemente, por mais que houvesse influência ou resquícios de influência do fascismo nas disposições incorporadas pelo Código Civil de 2002 no que tange ao direito comercial, estas foram expurgadas a partir de uma lógica minimamente coerente da sistemática jurídica vigente no país, a luz dos preceitos democráticos enraizados na e pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, especificamente para o caso brasileiro, poder-se-ia concluir que mesmo tendo assumido uma disciplina com influência fascista, o direito comercial estaria protegido pelo feixe de princípios constitucionais que assegurou que qualquer tentativa de direcionamento da disciplina comercialista para a consecução de ideais fascistas, seria barrada pelo próprio ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo a mesma linha de análise, pode-se também afirmar que a interpretação dos operadores brasileiros sobre o então novo modelo de direito

⁴⁵⁷ CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 02.

⁴⁵⁸ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 152.

comercial foi guiada por um contexto político e econômico diverso, que não o vivido pelos italianos na década de 1940 e, em que, portanto, não se precisaria substituir a atividade empresarial de paz pela empresa de guerra, na expressão utilizada por Casanova⁴⁵⁹.

Desta forma, não pareceria razoável afirmar que o direcionamento da atividade empresarial para o atendimento das finalidades do Estado Nacional tenha ocorrido no Brasil da forma como ocorreu na Itália, já que ao invés do Código Civil e da *Carta del Lavoro* como centro do ordenamento jurídico, o direito brasileiro tinha a democrática Constituição Federal que, dentre outros preceitos, consagrou a liberdade de iniciativa.

A luz do exposto no presente capítulo, até o presente momento, observando o contexto brasileiro, a normativa italiana e a recepção pelo Código Civil de 2002, duas conclusões podem ser extraídas: (i) o legislador brasileiro, tal qual o de diversos outros países, adotou uma legislação concebida sob a influência dos ideais fascistas; (ii) esta adoção não trouxe prejuízos para a democracia brasileira, seja pela predominância da Constituição na ordem jurídica, seja pela radical diferença no contexto político.

Com efeito, a abordagem da não recepção da influência fascista na interpretação das normas relativas ao direito comercial brasileiro por força da análise jurídico-sistemática constitucionalizada, conduz à compreensão do fenômeno jurídico nascido após a derrocada do fascismo e que remete ao tema central da presente dissertação: a codificação.

A respeito desta transformação interpretativa-sistemática no direito, Sacco explica que o Código Civil perdeu seu patamar de centro do ordenamento jurídico após o término da Segunda Guerra Mundial, passando a ser valorado como uma simples lei e, conseqüentemente, hierarquicamente inferior à constituição, ápice do direito⁴⁶⁰. Fachin assevera que o direito privado deixa de ter o código como centro e passa a girar em torno da Constituição⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ CASANOVA, Mario. **Le Imprese Commerciali**. Torino: Editrice Torinese, 1955, p. 31.

⁴⁶⁰ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 128-129.

⁴⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.15.

Barroso descreve que o marco desta nova posição das constituições e dos códigos foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a segunda referência histórica no tema é a própria Constituição da Itália de 1947, as quais assumiram o posto de norte interpretativo do direito de seus respectivos países⁴⁶².

É com base também nesta mudança na representatividade dos códigos que Irti, observando os propósitos da codificação moderna, asseverou que os códigos teriam perdido seu espaço no ordenamento jurídico, haja vista que não mais serviam como centro do direito, uma vez reconhecida a constituição como ponto central e basilar⁴⁶³.

O autor italiano foi além e afirmou que não haveria mais razão de existir de diplomas normativos gerais, como os códigos, vez que a normativa geral estaria consagrada na constituição e, por conta do nível de especialização das matérias, a particularidade necessária para reger o direito privado deveria ser construída em microssistemas autônomos, capazes de contemplar a realidade de forma mais satisfatória⁴⁶⁴.

Neste sentido que Irti desenvolve a análise a respeito do que chamou de idade da decodificação⁴⁶⁵, observando que o Código Civil estaria “agredido por leis especiais” e em que não serviria sequer como direito geral, vez que novos princípios são desenvolvidos e especificados por leis especiais, constituindo microssistemas autônomos⁴⁶⁶.

Ao lado desta interpretação, torna-se importante perquirir algumas constatações decorrentes da análise das consequências verificadas na França, no

⁴⁶² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto; CLÉVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**, São Paulo. v. 1, p. 144.

⁴⁶³ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 35.

⁴⁶⁴ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 31.

⁴⁶⁵ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992,, p. 33.

⁴⁶⁶ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organización e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 30-34.

Brasil e na Itália, após as codificações que contemplaram o direito comercial nos respectivos países e que permitem a avaliação a respeito da essência dos códigos na contemporaneidade.

A primeira delas é a de que nenhum código — seja o Comercial Francês de 1807, o Comercial Brasileiro de 1850, o Civil Italiano de 1942 ou o Civil Brasileiro de 2002 — logrou êxito em contemplar a realidade como um todo, não alcançando, assim, o pressuposto básico da ideia de codificação que é a de completude⁴⁶⁷.

A segunda constatação é a de que a codificação da disciplina comercialista não diminuiu o volume normativo, muito pelo contrário, já que se observou fenômeno da proliferação de normas especiais, alheias ao diploma codificado⁴⁶⁸.

A terceira constatação é a de que os principais diplomas codificados que abrangeram o direito comercial ao longo da história (Código Civil Francês de 1807 e Código Civil Italiano de 1942) foram marcados por contextos históricos com características totalitárias e que, a toda luz, não se deseja reproduzir na atual conjuntura.

Assim, a partir do reconhecimento da expansão de normas especiais, da perda de centralidade do código no ordenamento jurídico, da sua incapacidade de abranger a realidade como um todo e da íntima relação entre codificação do direito comercial e totalitarismo, resta investigar, ainda que sucintamente, as razões que levaram o legislador brasileiro a recodificar parte expressiva do direito comercial (via Código Civil de 2002), na “idade da decodificação” e que também levam a discursos justificadores dos projetos de Novo Código Comercial Brasileiro.

Nesta esteira, ao abordar a codificação civil brasileira de 2002, Calderale afirmou que o legislador brasileiro desafiou não somente as imensas dificuldades de se codificar na era da decodificação, como também as incertezas provocadas pela

⁴⁶⁷ IRTI, Natalino. La Edad de la Descodificación. In: AJURIA, Luis Rojo (org.). **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editora, 1992, p. 24.

⁴⁶⁸ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 136.

continua modificação “da economia globalizada, do progresso da ciência e da evolução dos sistemas de comunicação”⁴⁶⁹.

A opção pela codificação civil brasileira veio em momento caracterizado pela globalização, pelas transformações constantes em todos os setores da vida e pela dinamização ainda maior da atividade empresarial, elementos caracterizadores da segunda metade do Século XX⁴⁷⁰ e que estão em dissonância com os preceitos estáticos característicos dos códigos modernos⁴⁷¹.

Neste sentido, à época da edição do então novo Código Civil Brasileiro, o próprio conceito de código estava em cheque, vez que sua função e sua importância passavam por grande indefinição, especialmente a luz do novo contexto jurídico, constitucionalizado e caracterizado pela multiplicidade de normas especiais.

A respeito do assunto, Calderale afirmou que o Código Civil Brasileiro de 2002 rompeu com preceitos que decretavam a derrocada dos códigos e, por outro lado, confirmou a existência de utilidades de uma nova codificação do direito privado, com novos propósitos⁴⁷².

Nas palavras do autor italiano: “não obstante a propagação das leis especiais, a forma código é ainda atual enquanto, havendo perdido o valor constitucional do liberalismo burguês e do livre mercado (...) conservou a função de se prestar a um núcleo sistemático de princípios e categorias ordinárias”⁴⁷³.

Esta assertiva de Calderale expressa, ainda que indiretamente, que o Código Civil Brasileiro de 2002 (num raciocínio que também poderia ser transposto a qualquer

⁴⁶⁹ Tradução livre. No original: “dell’economia, ai progressi della scienza, all’evoluzione dei sistemi di comunicazione” (CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 01-02).

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. v. 1. São Paulo: RT, 2011 p. 143.

⁴⁷¹ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 152.

⁴⁷² CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 02.

⁴⁷³ Tradução livre. No original: “nonostante il dilagare delle leggi speciali, la ‘forma’ codice è ancora attuale in quanto, pur avendo perso il valore ‘costituzionale’ delle libertà borghesi e dei rapporti di libero mercato, (...) ha conservato la funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinarie” (CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 02).

código contemporâneo) se prestava a tentar solucionar um novo problema apresentado pelo direito pós-codificação, chamado por Oppetit de problema das racionalidades circunstanciais ou da prevalência de interesses particularizados⁴⁷⁴.

Segundo o autor francês, a inexistência de códigos traz à tona o perigo de haver indevidos particularismos normativos no direito privado. Oppetit afirma que a ausência de um diploma normativo privado que sistematize o direito faz com que seja propiciada a criação de leis que, ao invés de pretender abranger a todos de maneira uniforme e justa, preocupam-se apenas com os interesses do grupo de influência que pressionou para a edição da norma (*lobbies*), sem a essência de buscar o bem comum que deveria nortear a legislação⁴⁷⁵.

É com base nesta fundamentação que Oppetit apregoa ser importante uma nova codificação do direito comercial, a fim de que sirva como núcleo basilar para adequação de todo o regime das disciplinas ao contido no código, sem margem para as temidas racionalidades circunstanciais⁴⁷⁶. A sistematicidade do código evitaria os indevidos particularismos normativos na esfera da disciplina comercialista.

No raciocínio do autor francês, a partir do momento em que existe um código comercial, tem-se um diploma normativo sistematizado, de modo que qualquer regra que esteja dissonante com esta sistematização, não conseguiria prevalecer e, portanto, seria expurgada do direito. A Constituição não é capaz de abranger a realidade como um todo e, desta forma, uma função colaborativa do código poderia trazer benefícios para a ordem jurídica.

É interessante observar que Irti reviu seu pretérito posicionamento, expressando que, circunspecto dentro de uma nova compreensão, o código ainda poderia ser de bastante valia para o direito, não mais como centro do ordenamento,

⁴⁷⁴ OPPETIT, Bruno. La décodification du droit commercial français. In: **Études offertes à René Rodière**. Paris: Dalloz, 1981, p. 202.

⁴⁷⁵ OPPETIT, Bruno. La décodification du droit commercial français. In: **Études offertes à René Rodière**. Paris: Dalloz, 1981, p. 203.

⁴⁷⁶ OPPETIT, Bruno. La décodification du droit commercial français. In: **Études offertes à René Rodière**. Paris: Dalloz, 1981, p. 202.

mas como diploma que auxilia na sistematização da ordem jurídica vigente⁴⁷⁷.

Esta função essencialmente sistematizadora dos códigos ajuda a explicar a observação de Sacco, que asseverou que ao invés de ter havido o fenômeno de decodificação do direito, houve uma multiplicação de diplomas codificados desde o término da Segunda Guerra Mundial, a tal ponto que de 1948 a 1983 mais de quarenta códigos civis foram criados ao redor do mundo⁴⁷⁸.

É também neste sentido que, publicamente, Fábio Ulhoa Coelho, formulador do texto que ensejou no Projeto de Lei nº 1572/2011 e redator da comissão elaboradora do Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, ambos que visam a instaurar no Brasil um Novo Código Comercial, defende a importância de novo diploma codificado para a disciplina comercialista. O mencionado autor afirma que há necessidade de se “recoser o esgarçado tecido dos valores caros à disciplina comercialista” e que um Novo Código Comercial seria capaz de aportar este elemento primordial para a sistematização do direito comercial⁴⁷⁹.

Ainda que não seja o foco da dissertação e que o tema merecesse ampla abordagem, analisar-se-á, muito sucintamente, aspectos ligados aos projetos de Novo Código Comercial Brasileiro para lançar fundamentos que procurem encontrar o que representa a codificação do direito comercial na contemporaneidade.

Ao menos numa primeira análise, a partir das justificativas públicas adotadas, o Projeto de Lei 1.572/2011 parece estar em dissonância com a guinada histórica a respeito da codificação, em dois aspectos principais:

(i) na concepção de que direito comercial e código comercial seriam noções que se confundiriam e (ii) que um código comercial poderia ser de tal forma hermético que impossibilitasse a incidência de princípios alheios à disciplina contida no referido corpo normativo codificado.

⁴⁷⁷ IRTI, Natalino. Legislazione e codificazione. In: Enciclopedia delle scienze sociali, 1996, p. 4, disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)). Acesso em 05 jan. 2014.

⁴⁷⁸ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 121.

⁴⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Os Princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

Com efeito, trata-se de assertiva básica afirmar que o direito comercial e a codificação da disciplina comercialista não se confundem. Todavia, ao menos num primeiro plano, a assertiva parece necessitar ser reafirmada no presente momento histórico.

Isto porque há quem justifique a criação de um Novo Código Comercial com a afirmação de que “o Brasil não pode permanecer com a falta de regulação das relações entre empresas e empresas”⁴⁸⁰, como se, pela inexistência de um código que contemple as relações empresariais (que não as marítimas), não houvesse a regulamentação empresarial.

Como se observa a partir da história da disciplina, codificação e direito comercial nunca foram sinônimos. Primeiramente, porque o direito comercial é muito mais antigo do que a codificação, o que, desde logo, transmite que as noções não se confundem, a partir de uma simples observação de ordem cronológica⁴⁸¹.

Em segundo lugar porque, conforme analisado anteriormente, nem mesmo no apogeu dos ideais codificadores com a concepção de racionalidade ilimitada do sujeito, em plena vigência dos códigos oitocentistas na Europa Ocidental, o direito comercial se restringiu à codificação⁴⁸².

Desta forma, é possível constatar que o fato da disciplina comercialista não estar encartada num único diploma normativo (seja ele denominado de código, consolidação ou compilação) não implica na inexistência do direito comercial.

⁴⁸⁰ Parte do discurso do Deputado Vicente Cândido quando da propositura do Projeto de Lei 1572/2011. Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=g5cYSW3gd9I>. Acesso em 02/11/2013.

⁴⁸¹ A formulação do *ius mercatorum*, conforme apontado anteriormente, remete aos séculos XI e XII, vide : ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 8, enquanto que a codificação remete somente à Idade Moderna (séculos XVIII e XIX), vide: DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p.68. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366. MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, p. 456. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25 e CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988, p. 54.

⁴⁸² RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6ª ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870, p. 11.

No mesmo sentido, tal raciocínio leva à conclusão de que a simples existência de um código não significa que o direito comercial seja restrito ao diploma normativo que abrange normas jurídicas comerciais de forma organizada e sistemática.

A partir das constatações acima fundamentadas, pode-se compreender que a vinculação entre as noções de codificação e direito comercial no sentido de se delimitar o segundo a primeira não encontra respaldo numa análise histórica da disciplina.

Desta forma, diferentemente da supracitada justificativa de necessidade de atual codificação do direito comercial brasileiro pela inexistência de regulação da atividade empresarial, o fato de inexistir um código não representa a inexistência de regulação das relações entre empresas e empresas, mas, tão simplesmente, que não há uma organização sistematizada da normativa que rege o direito comercial brasileiro.

Em segundo lugar, causa acentuada estranheza a previsão do art. 8º do projeto de Novo Código Comercial (PL 1572/2011) que traz a seguinte previsão: “Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei”.

Ao discorrer sobre as razões que trazem à tona a necessidade de se recodificar o direito comercial, o idealizador do projeto, Fábio Ulhoa Coelho, afirma ser imprescindível resgatar os princípios do direito comercial, de modo a evitar a indevida aplicação de princípios alheios à disciplina comercialista na análise de relações que devem ser regidas sob sua égide⁴⁸³.

A ideia do formulador do projeto de Novo Código Comercial é a de que com a edição de um corpo normativo sistemático e que traz à tona, no âmbito do direito positivo, os princípios do direito comercial, evitar-se-ia a aplicação de princípios que regem o direito do trabalho e/ou o direito do consumidor sobre relações tipicamente empresariais, o que justificaria o supracitado artigo.

Ainda que não se refute o fato de ser imprescindível o resgate dos princípios do direito comercial, em especial aqueles referentes aos contratos empresariais, tal qual

⁴⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. Os Princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

explicado pormenorizadamente por Forgioni⁴⁸⁴ e Ribeiro⁴⁸⁵, há de ser averiguado se, pela atual redação do dispositivo, não haveria subversão da lógica construída a partir da Constituição de 1988, possibilitando uma interpretação de que o Código Comercial seria impenetrável aos princípios constitucionais.

A partir dos fundamentos lançados na presente dissertação, a redação do art. 8º do Projeto de Lei 1572/2011 parece estar fora da perspectiva sistemática-jurídica erigida no Brasil a partir da Constituição e, com isso, fadado a ter sua inconstitucionalidade reconhecida, vez que pelo seu conteúdo estar-se-ia visando a excluir princípios de índole constitucional da possibilidade de incidência sobre as relação empresariais, como se isso fosse possível.

Caso fosse aceita a interpretação literal do mencionado artigo, o Código estaria voltando a ser o centro do ordenamento jurídico comercial brasileiro, o que não somente contraria a lógica jurídica construída a partir do final da Segunda Guerra Mundial, como também teria o potencial de corromper a estabilidade institucional brasileira que perdura desde 1988.

Em outros termos, caso prevaleça tal disposição e caso não haja a razoabilidade de ser excluída do ordenamento jurídico (não se olvidando que toda lei, quando entra em vigor, tem a presunção de constitucionalidade), estariam sendo abertas as portas para potenciais agressões à ordem constitucional.

E, conforme demonstrado no presente dissertação, esta preponderância do código que contempla a disciplina comercial no ordenamento jurídico, trouxe indissociável ligação com os autoritarismos dos Estados Nacionais em que foram formulados.

No Projeto de Lei do Senado nº 487, em que também é proposto um Novo Código Comercial, há melhor redação para o dispositivo, inserindo-se a importante ressalva no final do art. 4º, parágrafo único: “Nenhum princípio, expresso ou implícito,

⁴⁸⁴ Ao abordar o tema, destaque para a noção de risco, peculiar nas relações empresariais. FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

⁴⁸⁵ Destaque para a análise a respeito da presunção de igualdade entre as partes, peculiar nos contratos empresariais. GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 18.

pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra”. Entretanto, o fato é que, por peculiaridades do sistema legislativo brasileiro, os dois projetos tramitam simultaneamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Codificação, direito comercial e dirigismo econômico. Três noções que, em princípio, são desvinculadas, apresentam relevante proximidade quando observados e comparados os contextos históricos que circunscreveram três fases da disciplina comercialista: (i) sua origem, na Idade Média; (ii) sua codificação, na Modernidade e; (iii) a consagração da Teoria da Empresa, na Itália, com a entrada em vigor do Código Civil de 1942.

De início, demonstrou-se que a noção de código não foi uniforme ao longo do tempo, expressando, conforme a época, um conjunto próprio de características. Na Mesopotâmia, há mais de dois mil anos antes da nossa era, o código significava o mero reunir de disposições legais, enquanto na Roma Antiga havia a preocupação com a organização do direito, de modo que foi feita a consolidação e a compilação de textos legais, doutrinários e da jurisprudência, em diplomas rotulados como códigos.

Foi somente na Modernidade que houve a preocupação em sistematizar o direito na obra codificada. Os modernos, com sua pretensão de contemplar o todo de maneira hermética, utilizaram o código para a consecução de seus objetivos, transformando a obra codificada no mais importante diploma normativo do direito. O código moderno contemplou, unicamente, leis emanadas pelo Estado e representou a apreensão do direito pelo ente estatal, algo que não havia na Idade Média.

A radical transformação no modo de se pensar e fazer o direito também pode ser observada a partir da transformação passada pelo direito comercial no decorrer da história. Se no período medieval o direito comercial foi fruto da organização da classe mercantil e serviu para a proteção dos interesses unicamente da classe comerciante, na Modernidade houve a aproximação entre a disciplina comercialista e o Estado, de modo que o direito classista, aplicado pelos próprios comerciantes, passou a ser o direito estatal, cujo âmbito de abrangência se tornou essencialmente objetivo e determinado pela lei.

Além disso, pontuou-se que a codificação comercial francesa de 1807 foi reflexo de crise econômica vivida na França. Nesta esteira, verificou-se que a edição do código comercial se tratou de uma exigência de Napoleão Bonaparte para buscar o fomento da economia francesa da época, razão pela qual se identificou que a codificação do direito comercial francês serviu, também, aos propósitos do Estado Nacional.

Em seguida, analisou-se que o paradigma instaurado pelo Código Comercial Francês de 1807 prevaleceu até a entrada em vigor do Código Civil Italiano de 1942, o qual substituiu a Teoria dos Atos de Comércio pela Teoria da Empresa e trouxe uma nova configuração para o direito privado, ao reunir o cerne das disciplinas em um mesmo código.

Verificou-se que a codificação italiana, no que se refere ao direito comercial, expressou vários pontos de contato com o nefasto contexto social e político italiano da época, em que vigorava os preceitos do fascismo. Demonstrou-se que há certo descaso da doutrina acerca da abordagem do tema, mas que há vários elementos que podem levar à conclusão de que a unificação do direito privado e o erigir da Teoria da Empresa serviram aos ideais fascistas.

A partir desta constatação, discorreu-se acerca da recepção da normativa italiana referente ao direito comercial codificado pelo Código Civil Brasileiro de 2002, o qual reproduziu, em extensa medida, os dispositivos legais previstos no *Codice Civile*. Assim, buscou-se demonstrar que no Brasil a normativa relativa ao direito comercial não representou qualquer forma de aproximação do Estado Brasileiro com os ideais fascistas. Isto foi decorrência do ambiente institucional brasileiro ter se mostrado muito diferente do italiano da década de 1940 e, principalmente, pelo erigir da Constituição Federal de 1988 ao centro do ordenamento jurídico.

Com efeito, demonstrou-se que a Constituição substituiu o código como o principal diploma normativo. Desta forma, retratou-se o debate doutrinário a respeito da pertinência de se editarem novos códigos, num contexto jurídico diferente do moderno, em que as obras codificadas cederam espaço à constituição e em que se observa cada vez mais a especialização do direito comercial, em leis fora do código.

Verificou-se que há quem defenda a importância de um novo código comercial, mas sob uma nova perspectiva, distinta da moderna, retratando o diploma normativo codificado como um mecanismo para a sistematização da disciplina comercialista, mas não como o centro do direito.

Ao final, buscou-se fazer breve interlocução com os projetos de lei que visam a instaurar um Novo Código Comercial Brasileiro e, agora, finaliza-se a dissertação em busca de significados possíveis para a estrutura de um novo código comercial:

(i) O código há de ser entendido como um diploma incompleto, que sempre apresenta lacunas, e que deve contemplar normas que necessariamente estejam de acordo com a Constituição. A concepção de completude do diploma codificado deve ser afastada, já que a imperfeição das obras humanas é patente. De modo análogo, a ideia do código como centro do ordenamento jurídico deve ser rejeitada, sob o risco de haver o abalo à ordem democrática e a indevida ingerência do Estado sobre a disciplina comercialista.

(ii) A formulação de novos códigos pode auxiliar na sistematização do direito comercial. Assim, o código poderia servir como um contributo para a sistematização jurídica da disciplina comercialista, haja vista a impossibilidade da Constituição abranger a realidade como um todo. Em outras palavras: o código, em consonância com a Constituição, pode auxiliar na sistematização do direito comercial pátrio e assegurar a prevalência dos próprios preceitos constitucionais.

(iii) Em decorrência do progressivo fenômeno de especialização do direito comercial, a unificação de parte (expressiva) das regras e princípios por meio de um código pode contribuir para diminuir as racionalidades circunstanciais. Desta forma, o Código Comercial poderia ser concebido como uma obra destinada a diminuir a fragmentação das racionalidades circunstanciais do direito comercial e a harmonizar a disciplina comercialista com a constituição.

(iv) O código ainda guarda consigo o ideal de facilitar o acesso e o conhecimento ao direito, justificativa e objetivo da codificação desde sua origem na modernidade. Portanto, a codificação, por mais que não conseguisse contemplar

integralmente o direito comercial, poderia contribuir para a disseminação do conhecimento a respeito das normas comercialistas.

(v) Cabe ao código estar aberto a receber contribuições de outras disciplinas, como forma de aprimoramento da própria normativa comercialista, sem que com isso seja perdida a essência dos princípios que o regem e sempre guardando a compatibilidade com a Constituição.

(vi) Por fim, os códigos não mais podem representar a tentativa de imortalização de seu criador, razão pela qual todas as iniciativas codificadoras devem estar pautadas por amplos debates acadêmicos e, sobretudo, com os sujeitos que sofrerão seus impactos.

REFERÊNCIAS

ABELLE, Jean E. **Un droit pour l'entreprise**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial: introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos**. Vol. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ÁLVARES, Walter T. **Direito Comercial**. Vol. 1. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969.

ALVAREZ, Alexandre; FLACH, M. Jacques. **Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil**. Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1904.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação: crônica de um conceito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. **Manual de derecho romano: historia e instituciones**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la raison juridique: où va la Sociologie du Droit?** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Direito Comercial: autonomia ou unificação**. São Paulo: Editora Jalovi, 1989.

ASCARELLI, Tullio. **Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil**. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di Diritto Commerciale**. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955.

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 104, out/dez de 1996, p. 109-126.

AULEETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. **Diritto Commerciale**. Nona Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.

AVILA, Julio Olavarria. **Los Códigos de Comercio Latinoamericanos**. Santiago de Chile: Editorial Del Pacífico S.A, 1961.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto; CLÉVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

BÉDARRIDE, J. **Droit Commercial: Commentaire du Code de Commerce**. Paris: Auguste Durand, 1857.

BENITEZ, Francisco Carpintero. **Del Derecho Natural Medieval al Derecho Natural Moderno: Fernando Vazquez de Menchaca**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1977.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÉVE, Clemerson M. (orgs.). **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**. v. 6. São Paulo: RT, 2011, p. 1013-1031.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOISTEL, Alphonse. **Droit Commercial**. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878.

BOLAFFIO, Leon. **Derecho Comercial**. v. 1. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1947.

BONNECARRÉRE, P; LABORDE-LACOSTE, M. **Exposé Méthodique de Droit Commercial**. 3ª ed. Paris: Libraire du Recueil Sirey, 1946.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRASIL. **O Projeto de Lei do Senado nº 487/2013**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115437. Acesso em 26 dez. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009**. Disponível em:
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645. Acesso em 22 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissaoasp?origem=SF&com=1603>. Acesso em 22 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.807/2013**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2013/msg248-junho2013.htm. Acesso em 22 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1572/2011**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>. Acesso em 22 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.025/2005**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>. Acesso em 22 dez. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 22 jan. 2013;

BRAVARD-VEYRIÈRES, P. **Manuel de Droit Commercial**. 4^a ed. Paris: G. Thorel Libraire-Éditeur, 1851.

BRITO, Alejandro Guzman. Codex. In: **Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1987.

BULGARELLI, Waldírio. **A Teoria Jurídica da Empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 23^a ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Globo, 1981.

CABRILLAC, Rémy. **Les Codifications**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

CALDERALE, Alfredo. **Diritto Privato e Codificazione in Brasile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

CAMPOBASSO, G. F. **Diritto Commerciale: diritto dell'impresa**. Torino: Unione Tipografico, 1986.

CAPPELLINI, Paolo. Il fascismo invisibile: una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 175-292.

CASANOVA, Mario. **Le Imprese Commerciali**. Torino: Editrice Torinese, 1955.

CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa; VIEIRA, Icyar de Aguilera. L'influence du Code de Commerce Français au Brésil: quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807. **Revue internationale de droit comparé**, Paris, v. 59, n. 1, 2007.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições do Direito Romano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os Princípios do Direito Comercial no Projeto de Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101-116.

CONSONNI, Manuela. A war of memories: de Felice and his Intervista sul Fascismo. **Journal of Modern Jewish Studies**. Ipswich: 2006, p. 43-56.

CONSTANS, Francisco Blanco. **Estudios Elementales de Derecho Mercantil: según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América**. Tomo 1. 4ª ed. Madrid: Editorial Reus, 1936.

CORDEIRO, António Menezes. **Teoria Geral do Direito Civil**. Relatório. Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: 1988.

COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da Codificação Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 825, jul. 2004, p. 729-736.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito: II. Da modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)**. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1969.

DESCARTES, René. **Discours de la Méthode**. 22ª ed. Paris: Larousse, 1978.

EARL, Peter E. **Behavioural Economics**. Bath: Edward Elgar Publishing Limited, 1988.

EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e Teoria dos Sistemas de Direito. In:

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

ESCARRA, Jean. **Cours de Droit Commercial**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

ESCARRA, Jean. **Principes de Droit Commercial**. Tome I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da pessoa e o mercado. In: **Revista de Direito Brasileira**. v. 1, jul. 2011, p. 101. Disponível em: Revista dos Tribunais Online, acesso em 25 out. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA, Antonio Bento. **Código Commercial Brasileiro**. Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1929.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRARA Jr, Francesco; CORSI, Francesco. **Gli Imprenditori e le Società**. 10ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial: o estatuto histórico e dogmático do direito comercial**. v 1. São Paulo: Saraiva, 1960.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1962.

FIORANI, Mário. **Breve História do Fascismo**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1963.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. O Código Civil Francês, Origens e Sistemas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: RT, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). **Crítica da Modernidade, diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, Ano XLII, n. 130, abr./jun. 2003, p. 7-39.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale. L'imprenditore: Impresa, Contratti di Impresa, Titoli di Credito, Falimento**. 5ª ed. Bologna: Zanichelli, 2000.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 12ª ed. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2004.

GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2001.

GENTILE, Emilio. **A Itália de Mussolini e a origem do fascismo**. Tradução de Fátima Conceição Murad. São Paulo: Ícone, 1988.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIST, Noel P.; HALBERT, L. A. **A cidade e o homem**. Tradução de Manuel Campos. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de Direito Comercial**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

GORDLEY, James; Mehren, Arthur Taylor Von. **An Introduction to the comparative study of private law: readings, cases, materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

GRAZIANI, Alessandro. **L'Impresa e L'Impreditore**. 2ª ed. Napoli: Morano Editore, 1959.

GROSSI, Paolo. Absolutismo Jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: **Revista Direito GV 2**, v. 1, n. 2, p. 191-200, Jun-Dez 2005.

GROSSI, Paolo. Itinerarii Dell'Impresa. In: **Quaderni Fiorentini XXVIII**. Tomo I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 1000-1038.

GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade: doze lições**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HAMEL, Joseph; LAGARDE, Gaston; JAUFFRET, Alfred. **Droit Commercial**. Tome I. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1980.

HAMONIC, G. **Cours de Droit Commercial: conforme au programme des facultés de droit et écoles d'enseignement supérieur**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

HANSEN, Gilson Luiz. O Positivismo como expressão das insuficiências do paradigma da subjetividade. In: CENCI, Angelo (Org.). **Ética, Racionalidade e Modernidade**. Passo Fundo: Ediupf, 1996.

HASTINGS, Max. **O mundo em guerra 1939-1945**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002: teoria geral do novo direito comercial**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez Freitas, 2005.

HERNÁNDEZ, Alfredo Morles; VALERA, Irene (coords.). **Bicentenario del Código de Comercio Francés**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado Social. Continuidades e rupturas. In: **Análise Social. Vol. XXXVII (165)**, 2003, p. 1285-1302.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Idade Média**. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Editora Herder, 1999.

HORSON, M. **Questions sur le Code de Commerce**. Paris: Librairie du Commerce, 1829.

IRTI, Natalino. **La Edad de la Descodificación**. Organização e tradução de Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor S/A, 1992.

IRTI, Natalino. Legislazione e codificazione. In: **Enciclopedia delle scienze sociali**, 1996, disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)), acesso em 05 jan. 2014.

ITALIA. **Carta del Lavoro**. Disponível em http://pertini.it/cesp/doc_silei_019.htm, acesso em 10 jan. 2014.

ITALIA. **I Lavori Preparatori dei Codici Italiani**. Disponível em: http://www.giustizia.it/resources/cms/documents/LavPre_versione2013.pdf, acesso em 20 nov. 2013.

JUSTO, António dos Santos. **O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano**. Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

KAN, J. Van. **Les Efforts de Codification en France: étude historique et psychologique**. Paris: Rousseau & Cie, Éditeurs, 1929.

KEPPE, Norberto R. **A libertação pelo conhecimento: a idade da razão**. 2ª ed. São Paulo: Proton Editora, 2001.

KUHN, Thomas S. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996.

LA ROVERE, Luca. 'The Examination of Conscience' of the Nation: the lost debate about the 'Collective Guilt' in Italy. In: **Totalitarian Movements & Political Religion**. Set. 2008. Disponível em: Academic Search Premier, Ipswich, MA. Acesso em 17 dez. de 2014, p. 187-202.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

LIMA, Alceu Amoroso. **Introdução ao Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978.

LOBO, Jorge. Publicização do Direito Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coords.). **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-65.

LOCRÉ, J.G. **Espirit du Code de Commerce**. Paris: L'imprimerie Impériale, 1807.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYON-CAEN, CH; RENAULT, L. **Manuel de Droit Commercial**. 9ª ed. Paris: Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, 1908.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARIAGE, Henri. **Évolution Historique de la Législation Commerciale: de l'Ordonnance de Colbert à nos jours**. Paris: Éditions A. Pedone, 1951.

MARINHO, Inezil Penna. **O Direito Natural na Idade Média e no Direito Canônico**. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e Paradigmas da Modernidade**. Coimbra Ed. Coimbra, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: Em busca da "Ética da Situação". In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **O sistema na codificação civil brasileira. De Leibniz a Teixeira de Freitas**. Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/550/436>, acesso em 24 ago. 2013.

MENDONÇA, Álvaro. **Apontamentos de Direito Comercial**. São Paulo: Off. Graphics Monteiro Lobato & co, 1923.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v.1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MOLINER, M.J.V. **Traité de Droit Commercial**. Tomo 1. Paris: Joubert Libraire-Éditeur, 1841.

MONTESQUIEU, Charles de. **De l'esprit des lois**. Tome premier. Paris: 1990.

MORANDIÈRE, León Julliot de la; RODIÈRE, René; HOUIN, Roger. **Droit Commercial**. Tome I. 2^a ed. Paris: Dalloz, 1962.

MOSSA, Lorenzo. **Diritto Commerciale**. Milano: Società Editrice Libreria, 1937.

MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). **Historia de la teoría política**. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

MUSSOLINI, Benito. **O Estado Corporativo**. Firenze: Vallecchi Editore, 1938.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. O Direito Empresarial Superando o Arcaico Sistema dos Atos de Comércio. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 13, Jan. 2003, p. 159-166.

NEVES, Edson Alvisi. **Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o Tribunal de Comércio**. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro, 2008.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OPPETIT, Bruno. **Essai sur la codification**. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

OPPETIT, Bruno. La décodification du droit commercial français. In: **Études offertes à René Rodière**. Paris: Dalloz, 1981, 197-207.

OPPO, Giorgio. **Principi e Problemi del Diritto Privato**. Padova: CEDAM, 2000.

PELLET, Alain. Between Codification and Progressive Development of the Law: Some Reflections from the ILC. In: **International Law Forum du Droit International**. v. 06. p. 15-23.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e Sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PRESTON, Paul. Reading History: Fascism. p. 47 In: **History Today**. Vol. 35, setembro de 1985, p. 46-49.

REINHARD, Yves; CHAZAL, Jean-Pascal. **Droit Commercial: actes de commerce - commerçants - fonds de commerce - concurrence - consommation**. 6^a ed. Paris: Litec, 2001.

REIS, José Carlos. **História & Teoria: historicismo, modernidade, temporalidade e verdade**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não Empresária: Um paradoxo a ser enfrentado. In: KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante (Org.). **Direito Empresarial: os novos enunciados da Justiça Federal**. 1^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, v. 1, p. 161-180.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; LIMA, Solange Afonso de. Estado Empresário: Considerações sobre as Sociedades de Economia Mista. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 10, jul./dez., 2008, p. 11-42.

RIPERT, Georges; ROBLOT, René. **Traité Élémentaire de Droit Comemercial: commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales**. Paris:Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

RIVIÈRE, H.F. **Répétitions Écrites sur le Code de Commerce**. 6^a ed. Paris: A. Marescq Ainé, Libraire-Éditeur, 1870.

ROMITA, Arion Sayão. Princípios em Conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável - o negociado e o legislado. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 107, jul. 2002, p.16-28.

ROSENBERG, Arthur. Fascism as a Mass-Movement. In: **Historical Materialism**. v. 20. Ipswich: p. 144-189.

ROTONDI, Mario. **La Scienza del Diritto in Italia dalla Prima Codificazione ad Oggi**. Lisboa: 1968.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal Estar na Modernidade: ensaios**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legiferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 29, n. 2, mar./abr. 1983, p. 117-135.

SALUPPO, Alessandro. Fascism as a semantic void into the meta-narrative of rational modernity. In: **A Review of General Semantics**. Disponível em: Academic Search Premier, Ipswich, 2012, p. 394-406, acesso em 20 out. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 12ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SARTRE, Jean Paul. **El existencialismo es un humanismo**. Barcelona: Edhasa, 1999.

SAVARINO, Franco. Juego de Ilusiones: Brasil, México y los “fascismos” latinoamericanos frente al fascismo italiano. In: **História Crítica**, n. 37, janeiro-abril de 2009, p. 120-147.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **Saggi di storia del diritto commerciale**. Milano: LED, 1992.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua reparação civil**. São Paulo: RT, 1999.

SIMON, Herbert A. **Models of Man. Social and Rational**. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **O Totalitarismo nas origens da moderna teoria do estado**. São Paulo: Saraiva, 1972.

STEINER, Philippe. **A Sociologia Econômica**. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (org). **Processo Penal, Constituição e Crítica. Estudos em homenagem ao Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 445.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THIBAUT, A. F. J. Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques. **Thibaut y Savigny. Codification: una controversia programática basada em sus obras**. Tradução de Jose Dias Garcia. Madrid: Aguilar, 1970.

THIELEN, Helmut. **Além da Modernidade: para a globalização de uma esperança conscientizada**. Petrópolis: Vozes.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação em massa**. Tradução de Carmen Grisci *et all*. Petrópolis: Vozes, 1998.

TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil? **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**. Vol. 3. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008, p. 04. Disponível em: services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context, acesso em 12 ago. 2013.

TIMSIT, Gérard. **Archipel de la Norme**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

VANDERLINDEN, J. **Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle. Essai de définition**. Bruxelles: L'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967.

VIER, Francisco. Da certeza do conhecimento de Deus em São Boaventura. In: GARCIA, Antônio (Org.). **Estudos de filosofia medieval: a obra de Raimundo Vier**. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Instituto Franciscano de Antropologia: Universidade São Francisco, 1997.

VINCENS, Émile. **Exposition raisonnée de la législation commerciale, et Examen Critique du Code de Commerce**. Tomo 1. Faubourg Saint-Germain: Barrois, 1821.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. 5ª ed. v. 1. Madrid: Editorial Reus, 1932.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do capitalismo**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

WHITEHEAD, Alfred North. **A Função da Razão**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.