

## O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado

**FÁBIO ULHOA COELHO**

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP).

Professor titular de Direito Comercial (PUC-SP).

*SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Fragilidades na proteção jurídica do investimento privado no Brasil • 3 Estratégias para a melhoria da proteção jurídica do investimento privado no Brasil • 4 A força simbólica dos Códigos • 5 Conclusão • 6 Referências.*

**RESUMO:** A principal fragilidade da proteção jurídica do investimento privado – PIIP no Brasil é a insegurança jurídica. No debate sobre estratégias para o aumento da segurança jurídica, a ideologia conta. Um novo Código Comercial será instrumento importante para auxiliar a implementação destas estratégias, em razão do forte simbolismo associado à noção de Código.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção jurídica do investimento privado • Código Comercial • Direito comercial brasileiro • Simbolismo dos Códigos.

## The Commercial Code Project and the protection of private investment

CONTENTS: *1 Introduction · 2 Weaknesses of the legal protection of private investment in Brazil · 3 Strategies for the improvement of the legal protection of the private investment in Brazil · 4 The symbolical strength of the Legal Codes · 5 Conclusion · 6 References.*

ABSTRACT: Legal uncertainty has been the most relevant weakness in the legal protection of private investment in Brazil. Ideology matters when we discuss strategies related to legal certainty improvement. As an instrument with strong symbolism, a new Commercial Code will help the implementation of those strategies.

KEYWORDS: Legal protection of private investment · Commercial Code · Brazilian commercial law · Symbolism of the Codes.

## El proyecto de Código Comercial y la protección jurídica de inversión privada

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 Debilidades en la Protección jurídica de inversión privada en Brasil · 3 Estrategias para la mejora de la Protección jurídica de inversión privada en Brasil · 4 La fuerza simbólica de los Códigos · 5 Conclusión · 6 Referencias.*

RESUMEN: La principal debilidad de la protección jurídica de inversión privada en Brasil es la inseguridad jurídica. En el debate sobre estrategias para el aumento de la seguridad jurídica, la ideología tiene cuenta. Un nuevo Código Comercial será herramienta considerable para ayudar la implementación de esas estrategias, en razón del fuerte simbolismo asociado a la noción de Código.

PALABRAS-CLAVE: Protección jurídica de la inversión privada · Código Comercial · Derecho comercial brasileño · Simbolismo de los Códigos.

## 1 Introdução

Na economia globalizada, as fronteiras nacionais deixam de representar limites intransponíveis ou mesmo obstáculos significativos à circulação de capitais. O empresário tem o mundo todo para investir e, por isso, os países passam a competir pelos investimentos de modo mais acentuado. Um dos instrumentos mais importantes nessa competição é a proteção jurídica do investimento privado – PJIP. Naturalmente, os países com elevada PJIP assumem a dianteira na competição pelos investidores globais, deixando para trás os de baixa PJIP. O grau de PJIP é avaliado pelos investidores não apenas em função das normas e princípios vigentes na ordem positivada, mas principalmente levando em conta a maneira como eles são interpretados e aplicados. Se as leis de determinado país preveem a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, mas os juízes invariavelmente a desconsideram sem critério, os investidores globais não avaliarão que, ali, o investimento conta com a proteção daquele importantíssimo meio de segregação de risco.

Desde logo, é necessário que sejam afastadas duas simplificações equivocadas. De um lado, a de que oferecer elevado grau de PJIP seria condição necessária para qualquer atração de investimento porque ninguém se interessaria em aportar capital em jurisdições onde não estivesse muito bem protegido. De outro, a de que o grau de PJIP é tema de interesse exclusivo dos empresários, sendo irrelevante para consumidores e trabalhadores. Por mais paradoxal que pareça, há investidores que buscam países que avaliam como oferecendo baixa PJIP; e, ademais, os principais interessados no aumento da PJIP em qualquer país são seus consumidores e trabalhadores, e não os empresários.

Para afastar a primeira simplificação, é preciso inicialmente distinguir dois tipos de investidores de acordo com a propensão para os riscos. Num extremo, os conservadores, que se dedicam a atividades econômicas de pouco ou médio risco; no oposto, os arrojados, que buscam as de elevado risco. Em razão da milenar equação, que associa diretamente os níveis de risco aos de retorno, os conservadores se contentam com pequenas ou mesmo pequeníssimas margens de perspectiva de lucro, enquanto os arrojados não se satisfazem senão com margens extraordinárias. Há mais investidores conservadores do que arrojados. E não é necessário contá-los mundo afora para chegar a essa conclusão: investidores arrojados conseguem obter alto retorno somente porque estão em minoria e enfrentam menor concorrência ao explorarem negócios mais arriscados. É uma singela aplicação da lei da oferta e procura.

A identificação do grau de PJIP é uma das avaliações do risco de investir num certo país. Se concluir que determinada jurisdição oferece baixo grau de PJIP, o investidor conservador tenderá a descartá-la como alternativa para o seu investimento porque não está interessado em grandes riscos. Essa jurisdição, contudo, tende a atrair o interesse de investidores arrojados, em busca exatamente de negócios expostos a riscos maiores. Claro, hipotético país sem nenhuma PJIP não atrairia nem o mais arrojado investidor. Isso não quer dizer, contudo, que a atração de investimentos seja possível apenas a partir de certo grau elevado de PJIP. Baixa proteção ao investimento, em razão da inevitável acentuação dos riscos, por vezes é exatamente o que o investidor (arrojado) procura.

Em outros termos, o grau de PJIP é fator de *modulação* do investimento. Quanto menor o grau de proteção oferecido por um país, mais investidores arrojados se interessarão por investir nele; e quanto maior, mais investidores conservadores serão atraídos.

Em decorrência disso, os preços dos produtos e serviços praticados num país de baixa PJIP tendem a ser maiores que os praticados no de elevada PJIP. Ocorre dessa maneira porque, nos países de baixa PJIP, há a predominância de investidores arrojados em busca de robustas margens que possam lhes assegurar perspectivas de expressivo retorno. Na verdade, a modulação do investimento ocasionada pelo grau de PJIP não apenas seleciona, por assim dizer, o perfil dos empresários, mas chega a alterá-lo. Também os conservadores passam a buscar retornos maiores, porque precisam preservar suas margens no ambiente negocial de maior risco.

A relação indireta entre grau de PJIP e preços introduz-nos na segunda simplificação a ser afastada. Consumidores são diretamente afetados quando a economia é regida por princípios e normas jurídicas que protegem precariamente o investimento privado. Os produtos e serviços oferecidos ao mercado terão preços impactados pelo risco associado à baixa PJIP assumido pelos empresários. Quanto mais elevado for o grau de PJIP, menores serão os preços e, assim, estarão mais bem atendidos os interesses dos consumidores. Os trabalhadores também são afetados porque num ambiente de negócios propício apenas à minoria dos investidores (os arrojados), há naturalmente menos empresas e, conseqüentemente, menos postos de trabalho. Pouca competição por mão-de-obra e talentos comprime salários.

A globalização transforma o grau de PJIP em assunto de interesse primordial dos consumidores e trabalhadores, e não dos empresários. Os horizontes destes são amplos, tendo o mundo todo como alternativa para o investimento. Se o país

em que reside oferece PJIP que não o atende, investirá em outro com facilidade. Igual cenário, de facilmente buscar outras jurisdições para consumir ou trabalhar, não se encontra ao alcance de consumidores e trabalhadores no estágio atual de globalização econômica.

Este artigo tem o objetivo de discutir as relações entre o Projeto de Código Comercial<sup>1</sup> e a PJIP no Brasil. Em seu item 2, ele trata das fragilidades da PJIP no Brasil e, em seu item 3, discute estratégias de melhoria. Examina então, no item 4, o simbolismo associado ao Projeto de Código Comercial que o torna um privilegiado instrumento dessas estratégias. Por fim, na conclusão, fala dos adversários e dos inimigos do Projeto de Código Comercial.

## 2 Fragilidades na proteção jurídica do investimento privado no Brasil

O Brasil não é, em geral, visto como ambiente altamente propício aos negócios. Um dos indicadores que confirma essa percepção é o *Doing Business* índice calculado pelo Banco Mundial. De acordo com esse índice, em 2015, o Brasil ocupa o 120º lugar, dentre 189 economias avaliadas, no quesito *facilidade para fazer negócio*<sup>2</sup>.

Pode parecer instigante que o País, embora seja uma das principais economias do mundo<sup>3</sup>, não ocupe boa posição em *ranking* de atração de investimentos. Considerando-se, porém, aqueles dois perfis de empresários, referidos anteriormente, encontra-se uma hipótese de explicação congruente para as distintas posições da economia brasileira. Afinal, o mesmo ambiente será avaliado como propício ou não aos negócios, conforme seja o investidor mais conservador ou mais arrojado. Quando a metodologia do *ranking* reflete a avaliação de investidores pesquisados, é provável que o resultado seja uma classificação relacionando *diretamente* o ambiente de negócios aos graus de PJIP. Afinal, como visto, há mais investidores conservadores do que arrojados.

Investidores arrojados já estabelecidos no Brasil provavelmente consideraram

- 1 O Projeto de Código Comercial tramita na Câmara, por meio do PL nº 1.572/11, de autoria do Deputado Vicente Cândido, e no Senado, por meio do PLS nº 487/13, de autoria do Senador Renan Calheiros. Sobre as razões da simultaneidade da tramitação nas duas casas, vide: COELHO; LIMA; GUEDES, 2015, p. 19.
- 2 Vide: GRUPO BANCO MUNDIAL, 2015.
- 3 Pode-se classificar o Brasil como uma das principais economias porque, seguramente, encontra-se entre as dez de maior PIB. E, se considerarmos o PIB *per capita*, o Brasil ocupa posição de 61ª economia mundial (2013), hipótese em que se reduz, mas não se elimina o descompasso em relação à 120ª colocação no quesito *facilidade para fazer negócios* do *Doing Business*.

oportuno investir aqui a despeito do baixo grau de PJIP, ou mesmo por causa dele. O que se apresenta temerário aos olhos de investidores conservadores certamente não intimida ou desanima os investidores arrojados. Aliás, não se pode desconsiderar sequer a hipótese de ser exatamente o baixo grau de PJIP o ingrediente a lhes despertar o apetite.

Apontar, assim, *fragilidades* na PJIP do Brasil e considerá-las uma das razões da sua classificação ruim nos *rankings* de atração de investimentos significa aceitar a premissa da plena identificação entre a elevação do grau de proteção do investimento e o atendimento aos interesses de consumidores e trabalhadores brasileiros. É, enfim, concordar com a assertiva de que o Brasil deve procurar elevar o grau de PJIP para que os investimentos aqui realizados sejam modulados mais como conservadores do que como arrojados e para que isso acabe, com o tempo, atraindo mais negócios, aumentando a competição na economia e barateando produtos e serviços. Em outros termos, ser uma economia mais atraente aos investidores arrojados do que aos conservadores não é do interesse nacional.

No que diz respeito à PJIP afeta ao direito comercial, várias fragilidades podem ser apontadas, sugerindo ter o Brasil baixo grau de proteção<sup>4</sup>. Destaco duas como as mais significativas: de um lado, a relativização da autonomia patrimonial das sociedades limitadas e da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; de outro, o enfraquecimento das obrigações derivadas de contratos empresariais.

A efetividade dos mecanismos de segregação de riscos é essencial para a organização da economia. A autonomia patrimonial das sociedades limitadas e limitação da responsabilidade dos sócios é um dos mais importantes desses mecanismos (ao lado de institutos como a especialização de patrimônio e de contratos como *hedge*, *trust* e *project finance*). Desde o último quarto do século passado, esse mecanismo tem sido progressivamente relativizado. Atualmente, a autonomia patrimonial das sociedades limitadas e a limitação da responsabilidade dos sócios (meios intimamente entrelaçados) são juridicamente eficazes quanto às obrigações sociais regidas pelo direito civil e comercial, mas praticamente inoperantes quanto às obrigações regidas pelos demais ramos (tributário, trabalhista,

---

4 É certo não existir, ainda, nenhum índice de mensuração da PJIP, embora já se discuta um possível critério para computá-lo. O critério sugerido baseia-se na percepção de profissionais do direito acerca da efetividade dos meios de segregação de riscos. (COELHO, 2014b).

ambiental, etc.<sup>5</sup>). A relativização decorreu de lamentáveis distorções na teoria da desconsideração da personalidade jurídica (que apenas nos últimos anos tem sido mais bem compreendida e aplicada pela Justiça civil); distorções que chegaram a comprometer, em alguns casos, até mesmo a autonomia patrimonial de sociedades do tipo anônima. Ultimamente, em discussões judiciais sobre a admissibilidade de litisconsórcio no requerimento de recuperação judicial e da união de planos de recuperação judicial de recuperandas do mesmo grupo econômico, a autonomia patrimonial está experimentando mais uma fase de grande desprestígio.

A seu turno, a fragilidade da PJIP no Brasil representada pelo enfraquecimento das obrigações contratuais deriva de outras tantas distorções, sendo a mais grave delas a exorbitante aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos empresariais. Os magistrados brasileiros, em sua grande maioria, têm unicamente a experiência de consumidor no trato de questões econômicas. Raros são aqueles que advogaram para empresas antes de se tornarem juízes; e mais raros ainda os que haviam sido empresários antes de ingressarem na magistratura. Somando-se a isso a carência de estudos adequados de direito comercial na formação profissional da maioria dos bacharéis e o invencível volume de trabalho sob a responsabilidade dos juízes, o resultado é a disseminação de decisões judiciais em que as obrigações fundadas em contratos empresariais estão enfraquecidas<sup>6</sup>.

Essas e as demais fragilidades da PJIP no Brasil podem ser sintetizadas na noção geral de *insegurança jurídica*, aqui entendida como *imprevisibilidade das decisões judiciais*. Não há dúvidas, claro, quanto à impossibilidade de antecipação absoluta das decisões judiciais, devendo os jurisdicionados necessariamente conviver com certa margem de imprevisibilidade. Tolera-se, por assim dizer, uma imprevisibilidade previsível, e os empresários, no mundo todo, rapidamente aprendem a internalizá-la. Em outros termos, não afeta a segurança jurídica a circunstância de, em alguns casos, na percepção dos empresários e da maioria dos profissionais do direito, a sentença judicial não parecer compatível com os dizeres da lei em vigor. A insegurança jurídica passa a existir quando é extrapolada essa tolerável margem de previsível imprevisibilidade.

---

5 “O princípio da autonomia patrimonial tem [...] sua aplicação limitada, atualmente, às obrigações da sociedade empresária perante outros empresários. Se o credor é empregado, consumidor ou o Estado, o princípio não tem sido prestigiado pela lei ou pelo Judiciário” (COELHO, 2005, p. 268). No mesmo sentido, vide: SALAMA, 2014, p. 401 et seq.

6 Mais ainda, decisões judiciais sobre contratos empresariais mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor acabam por distorcer a equação básica da concorrência ao retirar um pouco do ganho do empresário que tomou a decisão acertada para dar ao que errou (COELHO, 2012, p. 35-37).

Em termos bastante gerais, portanto, pode-se afirmar que a significativa fragilidade da PJIP no Brasil se traduz na insegurança jurídica. É ultrapassada em demasia a margem tolerável de imprevisibilidade previsível. Isso significa, para os empresários que investem no país, a necessidade de se praticar uma taxa para o risco associado à insegurança jurídica. Os preços são, assim, impactados pela possibilidade (bastante real) de autonomias patrimoniais e outros mecanismos de segregação de risco serem indiscriminadamente desconsiderados, contratos empresariais revistos, reinterpretados, invalidados ou perderem eficácia, etc.

Quando um empresário isolado precisa se precaver do eventual resultado incerto de determinado processo judicial, ele nem sempre consegue acrescentar ao preço de seus produtos ou serviços uma taxa associada ao risco de perda decorrente deste evento porque suas opções estão premidas pela concorrência; isto é, ele não pode ir muito além do preço de mercado. Mas quando todos os empresários estão igualmente expostos ao mesmo risco de insegurança jurídica, os preços dos produtos e serviços tendem a embutir uma taxa que o previna, generalizadamente praticada. Mais uma vez, são os consumidores a arcarem com as repercussões econômicas da insegurança jurídica que ronda a PJIP no Brasil.

### 3 Estratégias para a melhoria da proteção jurídica do investimento privado no Brasil

O diagnóstico acima, apontando na insegurança jurídica o cerne da fragilidade da PJIP no Brasil, provavelmente conta com a aceitação generalizada de quantos se debruçam sobre a questão. No tocante às estratégias para sua superação, porém, igual consenso está longe de se vislumbrar. Variam, portanto, as *opiniões* acerca de como enfrentar as fragilidades da PJIP brasileira e de como dotá-la de maior segurança jurídica<sup>7</sup>.

De minha parte, vejo como estratégia fundamental a busca por transformações na ideologia, entendida esta expressão em seu sentido funcional de *hierarquização*

---

7 É de *opiniões* que se trata. Convenha-se, por mais que os reconhecidos esforços da jurimetria brasileira tenham proporcionado avanços consistentes na reunião e no tratamento de dados para orientar as políticas públicas, ainda estamos muito distantes de contarmos com o resultado de suficientes pesquisas empíricas aptas a indicarem a melhor estratégia para aumento da segurança jurídica. Quer dizer, já há estudos jurimétricos que permitem razoável grau de certeza quanto à estratégia adequada para enfrentar assuntos pontuais – por exemplo, a dissolução da sociedade limitada, em que aproveitam os estudos de Marcelo Guedes Nunes em sua tese de doutorado na PUC-SP (NUNES, 2012); mas, o plano geral estratégico infelizmente ainda não se consegue traçar assentado apenas em pesquisas empíricas.



*dos valores*<sup>8</sup>. Que ela seja algo relevante na discussão sobre estratégias para o aumento da previsibilidade das decisões judiciais, percebe-se na forma como o casamento entre pessoas do mesmo sexo passou a ser admitido no direito brasileiro. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Constituição Federal dá à união entre pessoas do mesmo sexo a mesma proteção liberada à união entre pessoas de sexos diferentes. Como a mesma Constituição Federal (BRASIL, 1988) determina que a lei facilitará a conversão das uniões em casamentos (art. 226, § 3º), é decorrência necessária da decisão do STF a juridicidade do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo. E esta juridicidade foi, então, reconhecida por inúmeras outras decisões judiciais em todo o país e considerada no ato do Conselho Nacional de Justiça, de 2013, que proibiu aos cartórios negarem tramitação às habilitações apenas em virtude da identidade de sexo dos nubentes. Mas, em 1988, quando editada a Constituição, estava largamente assentado no direito brasileiro que casamento entre pessoas do mesmo sexo era ato jurídico inexistente<sup>9</sup>. Como o direito positivo não se alterou entre 1988 e 2011 (art. 226, § 3º), a radical mudança na classificação jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo somente se pode atribuir a transformações, ocorrida no período, na ideologia disseminada na sociedade brasileira<sup>10</sup>.

A maior previsibilidade das decisões judiciais e o aumento da segurança jurídica relativamente às normas de PJIP encerram-se, então, numa questão de como transformar a ideologia cultivada pela sociedade brasileira (e pela comunidade jurídica em particular) acerca da importância de se proteger o investimento privado. Em outros termos, a autonomia patrimonial das sociedades limitadas tende a ser indiscriminadamente desconsiderada na Justiça do Trabalho porque o valor associado à *efetividade da condenação em favor dos reclamantes* tem sido considerado *superior* ao associado à *proteção jurídica do investimento privado*. Porém, à medida que se dissemine a concepção de que a elevação do grau de PJIP atende, na economia globalizada, primordialmente aos consumidores e trabalhadores e é relativamente indiferente aos empresários, esta hierarquização tende a se inverter.

---

8 O conceito funcional de ideologia foi construído por Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “Ideologia é termo equívoco, significando, ora *falsa consciência*, ora tomada de posição (filosófica, política, pessoal, etc.). Em nossa concepção, funcionalizamos o conceito. Admitimo-lo como conceito axiológico, isto é, a linguagem ideológica é também valorativa. Só que enquanto os valores em geral constituem prisma, critério de avaliação de ações, a valoração ideológica tem por objeto imediato os próprios valores” (FERRAZ JR., 1986, p. 155). Vide também: FERRAZ JR., 1973, p. 150 e FERRAZ JR., 1980, p. 187-188.

9 Por todos, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 1976, p. 560).

10 Vide: COELHO, 2014a, p. 15-24.

O valor associado à *proteção jurídica do investimento privado* passará a ser paulatinamente reputado superior ao associado à *efetividade da condenação em favor dos reclamantes*, em atenção aos interesses gerais; assentar-se-á que entre os interesses individuais dos reclamantes e o geral dos consumidores e trabalhadores, o destes últimos deve prevalecer. A consequência lógica dessa inversão na hierarquização dos valores (na ideologia) será o maior respeito pelo instrumento de segregação de risco viabilizado pela autonomia patrimonial das sociedades limitadas. Com a nova hierarquização, voltará a fazer sentido a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações trabalhistas da sociedade.

Para aumentar a previsibilidade em torno das normas de PJIP, a estratégia aqui considerada pressupõe a disseminação na sociedade brasileira e na comunidade jurídica de certos conceitos, noções, ideias, concepções etc. Somente após vasta introjeção dos correspondentes valores, as decisões judiciais começarão a reproduzi-los.

Dois principais instrumentos podem ser considerados na implementação desta estratégia. O primeiro, que cabe chamar de *acadêmico*, consiste na produção de teses, dissertações, artigos, livros, bem como a realização de seminários, congressos, palestras e outros eventos nos quais se demonstre a impossibilidade de se dissociar, atualmente, a adequada proteção do investimento do atendimento aos interesses gerais de consumidores e trabalhadores brasileiros. É reconhecidamente um instrumento de pouca e demorada eficácia.

O segundo, que se pode chamar de *institucional*, consiste na alteração do direito positivo em vigor. A depender da orientação geral da mudança legislativa, a introjeção dos valores que induzirá ao aumento da previsibilidade das decisões judiciais e da segurança jurídica corresponderá a processo social muito mais rápido e eficiente. O direito positivo, se adequadamente reestruturado, pode ser o veículo poderoso de mudanças na ideologia.

A maior e mais célere eficácia da via institucional, quando comparada à acadêmica, é decorrência da pouca sofisticação da formação do profissional do direito no Brasil. Advogados, juízes e promotores têm sido formados, há décadas, a partir da noção (estreita) de que seu objeto de estudo e labor são exclusivamente os princípios e normas vigentes no ordenamento jurídico nacional. Eles se habituaram a conhecer apenas o que é positivado. Por isso, mesmo se hipoteticamente *todos* os livros de doutrina ensinassem fundamentadamente que o investimento privado deve ser objeto de proteção jurídica adequada para que o Brasil consiga competir no cenário global por investimentos e mercados, esse conceito passaria simplesmente

despercebido da grande maioria dos nossos profissionais do direito. Mas se uma norma de direito positivo estatuir que o investimento privado é protegido no interesse geral<sup>11</sup>, o conceito terá que ser prontamente assimilado. Mais que isso, por ser expressão da lei, os doutrinadores passarão a refletir sobre eles, buscando exemplos, criando cenários de aplicação, sopesando os fundamentos, associando-os aos princípios constitucionais etc.; por ser norma positivada, os professores vão necessariamente atentar ao conceito em suas aulas de graduação e pós-graduação; acerca dele versarão questões dos exames da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e dos concursos públicos (incluindo os de provimento de cargos de magistrados e promotores de justiça).

Para encerrar este item, cabe ponderar que, se o diagnóstico consensualmente espreado entre os comercialistas brasileiros é o de se concentrarem as fragilidades da PJIP na insegurança jurídica (imprevisibilidade das decisões judiciais além do tolerável), então a questão é *enforcement*. Ora, argumentam alguns, se o direito positivo já contempla as normas adequadas e o problema está apenas na não aplicação ou imperfeita aplicação delas, alterar o direito positivo não resolveria o problema. A observação seria procedente se a alteração nas leis fosse perseguida como um fim em si mesmo, e não como instrumento da estratégia geral focada em mudanças na ideologia. Para que esta estratégia alcance seus objetivos e a via institucional possa auxiliá-la nisso, é indispensável que a alteração legislativa seja simbolicamente impactante. Daí a necessidade de um novo Código Comercial.

#### 4 A força simbólica dos Códigos

O Projeto de Código Comercial – Projeto – é um instrumento institucional da estratégia de alteração na ideologia (valorização dos valores), para a assimilação generalizada na comunidade jurídica dos valores associados à PJIP, visando aumentar a previsibilidade das decisões judiciais e a segurança jurídica. Não é um fim em si

---

11 Conforme disposto no art. 5º, III, do PL nº 1.572/11: “decorre do princípio da liberdade de iniciativa o reconhecimento por este Código da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica liberada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores e desenvolvimento econômico do país” (BRASIL, 2011); e no art. 6º, III, do PLS nº 487/13: “decorre do princípio da liberdade de iniciativa empresarial o reconhecimento da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país” (BRASIL, 2013).

mesmo; e gera suficiente impacto simbólico para que a alteração legislativa possa garantir maior *enforcement* às normas positivadas.

A natureza instrumental do Projeto suscita questão referente à atualidade da codificação de alguns campos jurídicos como meio pertinente de positivação. Tem sentido, no início do século XXI, despender toda a energia demandada pela elaboração e aplicação de documentos portentosos como são os Códigos? Para bem encaminhar a discussão, é necessário, desde logo, reconhecer sua relativa desimportância para a operacionalidade do direito. Normas são normas, estejam contextualizadas em codificações ou em leis não codificadas.

Uma interpretação apressada acerca de conclusões expressamente focadas em outros direitos universaliza-as e prenuncia o desaparecimento das codificações<sup>12</sup>. Mas o que se pode certamente reconhecer é o descompasso entre as demandas da complexa economia dos nossos tempos e o modelo oitocentista de Código, criação do iluminismo francês, com pretensões de plena sistematicidade lógica, perenidade e completude. Esse modelo de codificação representa, na verdade, o viés jurídico do ambicioso projeto epistemológico de transformação das humanidades em ciências humanas a que se dedicou o pensamento europeu ao longo do século XIX. Presumiu-se ser possível conhecer e mudar a sociedade com a mesma certeza científica obtida pela física, química e biologia relativamente à natureza. O Código oitocentista é um documento pretensamente lógico-sistemático, completo e destinado à perenidade, com o qual se buscavam disciplinar as relações sociais com absoluto rigor. Mas este projeto – de que são expressões (com abordagens radicalmente distintas, claro) tanto o positivismo comteano como o marxismo – fracassou ao longo do século XX. Não conhecemos tudo, não controlamos tudo, não podemos tudo. Mesmo que sobreviva ainda em alguns redutos menos sofisticados do conhecimento do humano (em especial, o do direito) certa ânsia de afirmar-se como ciência, não se aceita mais a ideia de submeter-se a convivência social a controle *científico*, de que uma codificação de modelo oitocentista pudesse ser o instrumento, como vislumbrado pelo racionalismo iluminista.

O Código contemporâneo não cumpre mais a função de conferir congruência lógica e sistematicidade à regulação jurídica; ele simplesmente *coordena* regulações próximas a partir de princípios comuns. Não consegue exaurir a disciplina jurídica

---

12 Natalino Irti, examinando especificamente o direito italiano, descreveu um processo a que chamou de *descodificação*. Refere-se ao fato de o Código Civil ter perdido para a Constituição a vocação de documento fundamental da ordem jurídica (1999). Para uma discussão sobre a impertinência da generalização das conclusões de Irti para além do direito italiano, vide COELHO, 2012, p. 60-62.

dos vastos campos de relações a disciplinar, em vista da crescente complexidade destas; mas, *seleciona* porções desses campos e delega muitas delas à legislação dita esparsa. Não se apresenta como regulação definitiva a pressupor uma sociedade imutável; ao contrário, a vigência do Código contemporâneo não deve ultrapassar meio século e ele se abre a constantes revisões e aperfeiçoamentos. O Código Civil de 2002 é inegável exemplo desse modelo de codificação. Não cumpre o requisito do rigor lógico (por exemplo, no livro *direito de empresas* disciplina também sociedades simples, isso é, *não empresárias*), mas coordena a disciplina das relações privadas a partir de núcleos valorativos comuns<sup>13</sup>; não busca a completude, por considerar que temas como exame de DNA no reconhecimento de filiação, paternidade sócio-afetiva, contrato eletrônico e outros não seriam passíveis de codificação, por não poder esta abranger *contínuas inovações sociais*<sup>14</sup>; e não busca a perpetuidade, tendo sido alterado por leis e medidas provisórias 28 vezes entre a entrada em vigor em julho de 2015 (além de uma *alteração* em decorrência de ação direta de inconstitucionalidade), o que significa a média de pouco mais de uma alteração a cada semestre.

São dois modelos muito distintos o oitocentista e o contemporâneo. Mas, entre o código lógico-sistemático, completo e perene imaginado pelo iluminismo, e o código coordenador, parcial e temporário da atualidade, ressalta uma característica comum, que diz respeito à própria essência deste meio de positivação jurídica: o extraordinário valor simbólico. O *Code Civil* simbolizou, na origem, a superação das concepções feudais pela visão burguesa de organização da sociedade, vitoriosa na Revolução Francesa; o *Bürgerliches Gesetzbuch* foi o símbolo da identidade alemã, na formação tardia do estado nacional; o *Codice Civile*, ao agrupar no mesmo livro empresa e trabalho, deu voz a um dos difusos postulados do fascismo: a *harmonização das classes sociais* em contraposição à *marxista luta de classes*<sup>15</sup>.

No Brasil, a Constituição Imperial (1824) tinha pressa na edição do Código Civil e do Código Criminal (o art. 179, XVII, determinava que fossem organizados o *quanto antes*), pelo seu caráter simbólico na afirmação de uma nova nação independente. E, quando a Constituição de 1988 programou, também com pressa, a edição de um Código de Defesa do Consumidor (ADCT, art. 48), carregou com forte simbolismo a *questão consumerista*. Uma simples lei de proteção aos consumidores não pareceu suficiente ao constituinte.

13 Refiro-me aos três princípios fundamentais indicados por Miguel Reale: eticidade, socialidade e operabilidade (2005, p. 37-44).

14 Miguel Reale, op. cit., p. 195-198.

15 Vide: COELHO, 2012, p. 61.

Curioso registrar que, em razão de manobra parlamentar para evitar nova postergação de sua votação, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, não tramitou, no final do processo legislativo, como *projeto de código*; portanto, não deveria ser tecnicamente chamada de *código*<sup>16,17</sup>. Ela, contudo, é largamente conhecida e referida como tal na comunidade jurídica e mesmo na sociedade brasileira. A *elevação* da lei de proteção ao consumidor à categoria de Código simboliza o reconhecimento da importância de se conceder aos consumidores uma adequada proteção. Não à toa, aliás, alguns descontentes com a mudança legislativa tentaram *reduzir* o Código de Defesa do Consumidor – CDC à *Lei de Defesa do Consumidor*, com o objetivo de interpretar restritamente o âmbito de sua incidência<sup>18</sup>.

A Lei nº 8.078/90, juridicamente falando, não é um Código; mas pouco importa, já que simbolicamente o é. Perceba-se ser em tudo indiferente, para o direito, se determinada norma legal está numa codificação ou apartado dela, quando se aprecia

- 16 A história é contada por Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que a viveram: “a dissimulação daquilo que era código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era. E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc.)” (GRINOVER; BENJAMIN, 1991, p. 10).
- 17 A ementa da Lei nº 8.078/90, que não menciona a expressão *Código*, é: “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. Em geral, as ementas dos Códigos são redigidas na fórmula geral “institui o Código x”, como no caso da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) e da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro); ou mesmo simplesmente “Código x”, como na Lei nº 556/1850 (Código Comercial) ou na Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil). Caso à parte é o do Código Tributário Nacional, cuja ementa também não menciona a expressão. Deve-se isto às intrincadas considerações em torno do conceito de “normas gerais” expresso, na Constituição vigente, no art. 146, III. Propôs-se até mesmo que a denominação mais adequada da Lei nº 5.172/66 seria “Código das Normas Gerais de Direito Tributário” (SOUZA; ATALIBA; CARVALHO, 1975, p. 12-31, em especial p. 16).
- 18 Geraldo Vidigal, Consultor Geral da FEBRABAN, sustentava não ser o CDC aplicável aos bancos. A referência a serviços de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, contida no art. 3º, § 2º, seria, na interpretação tentada, restrita ao crédito concedido aos consumidores pelos próprios fornecedores de bens ou outros serviços. Um dos instrumentos desta fracassada e logo descartada estratégia foi um opúsculo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, reunindo pareceres de juristas sustentando a tese. Este opúsculo foi chamado de *Lei de Defesa do Consumidor* (VIDIGAL, 1991) e nele nenhum dos pareceristas chama a Lei nº 8.078/90 de Código.

sua vigência, constitucionalidade, eficácia, interpretação e aplicação – atributos, em tudo, idênticos nas duas hipóteses. Mesmo no caso de alteração da norma, os regimentos internos das duas casas congressuais não estabelecem nenhuma tramitação específica para a mudança de dispositivos inseridos em Código. É de patente ignorância o argumento de que a codificação de uma matéria importaria seu *engessamento*, em razão de alegada maior dificuldade para introduzir mudanças, aperfeiçoamentos ou atualizações na ordem positivada; pura e simples ignorância.

Sendo relativa a importância jurídica de abrigar certa disposição legal num Código, a discussão sobre a pertinência da codificação, ou não, de determinada matéria deve-se ambientar no campo em que ela é decididamente relevante, isto é, no do *simbólico* (ou, em se preferindo, *cultural*). Reunir certa disciplina num Código ou espalhá-la em várias leis não demanda decisão técnica-jurídica, mas exclusivamente política.

Projeto de um Código Comercial é preferível a vários projetos de leis esparsos por criar as condições extrajurídicas demandadas pelo combate às fragilidades da PJIP no Brasil. Ao se cuidar da PJIP num Código específico, chama-se a atenção da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular para a sua importância. A certas leis dá-se *nome* (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Consolidação das Leis do Trabalho, Código Penal etc.), além de *número*, com este exclusivo objetivo de realçar a relevância do respectivo objeto. Leis esparsas sobre PJIP, embora possam cumprir rigorosamente as mesmas funções jurídicas de um Código, não têm minimamente a força simbólica deste; não causam o impacto reclamado para garantir o *enforcement* das normas de PJIP, ampliar a previsibilidade das decisões judiciais, aumentar a segurança jurídica e melhorar, com isto, o ambiente de negócios no Brasil. Por seu especial e notável simbolismo, o moderno Código Comercial veiculado pelo Projeto serve de instrumento muito mais eficiente que leis esparsas, na estratégia de busca de inversão na hierarquia de valores (mudança na ideologia) em proveito dos associados à PJIP.

Note-se que a Lei nº 8.078/90, simbolicamente promovida a Código de Defesa do Consumidor, provocou, ao seu tempo, alteração na hierarquia de valores nutridos pelos brasileiros. Ao positivizar o “reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores” (art. 4º, I), entre os princípios regentes da matéria, ela facilitou e acelerou a assimilação desse conceito e introjeção do valor correspondente no seio da

comunidade jurídica. Houve resistências no início<sup>19</sup>, mas o enunciado desse princípio não podia mais escapar aos estudos jurídicos e à aplicação do direito, exatamente por ser um comando normativo, uma disposição legal. Todos os desdobramentos do reconhecimento da vulnerabilidade, na proteção dos consumidores, eram aspectos da lei positivada a serem considerados, examinados, aprofundados, respeitados e cumpridos. A vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo não era mais apenas resultado de elucbrações doutrinárias, cujo alcance sempre é mais modesto do que de uma disposição de lei.

A opção pela codificação comercial como melhor estratégia para rápida e facilmente se disseminarem certos conceitos na comunidade jurídica brasileira alicerça-se, portanto, no significativo precedente do Código de Defesa do Consumidor. Não será uma invenção ou novidade do Projeto fundada exclusivamente em ponderações abstratas, circunscritas à teoria acadêmica. A estratégia se nutre na frutífera experiência brasileira de opção por um *Código* na disciplina dos direitos dos consumidores e o reconhecido sucesso na disseminação de conceitos e valores que sustentam a sua defesa.

## 5 Conclusão

A oposição a qualquer projeto de lei pode partir de adversários ou de inimigos, dois tipos de oponentes com motivações bem distintas. Adversários não têm seus interesses ameaçados pelo projeto, mas os inimigos sim.

Exceto as de pouca relevância, toda lei nova *prejudica* os interesses de alguém. É inevitável. Leis sempre estabelecem um balanceamento entre os interesses envolvidos na matéria regulada, atendendo mais a uns que a outros. Proposta de

---

19 Um dos primeiros comentadores do art. 4º do CDC, Toshio Mukai, assim se manifestou acerca do dispositivo (transcrevo o comentário integral): “é prevista neste artigo a implementação de uma Política Nacional de Relações de Consumo, sendo seus objetivos: atendimento das necessidades dos consumidores, respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a transparência e harmonia das relações de consumo. Para tal, a norma contempla oito princípios a serem atendidos; elenco extenso, de intenções, sem nenhuma sanção para o descumprimento pelo Poder Público. Na realidade, trata-se de norma programática e sem nenhuma cogência, costume que se apossou dos nossos legisladores (o de normatizarem intenções, desejos e palavreados pomposos, mas destituídos de qualquer significado prático) desde a época do autoritarismo e que continua a se manifestar (infelizmente) em diversas legislações, em especial no nível federal. O que, na realidade, convém sublinhar é que norma sem sanção, embora norma, é ineficaz. Portanto, *não há que se perder tempo com essa disposição*, posto que a norma não tem eficácia e consequência prática” (OLIVEIRA, 1991, p. 11-12, grifos nossos).



alteração legislativa cria, assim, a perspectiva de mudanças nesse balanceamento. Os que terão seus interesses menos atendidos serão prejudicados, enquanto beneficiar-se-ão os que terão seus interesses mais bem atendidos. Na democracia, a lei nova é *boa* apenas se beneficia pessoas em quantidade superior à das que prejudica.

O Projeto de Código Comercial tem, naturalmente, adversários e inimigos. Os adversários questionam a pertinência de um novo Código Comercial, por considerarem que: (a) a legislação empresarial vigente não reclama aperfeiçoamentos; (b) os aperfeiçoamentos na legislação empresarial devem ser feitos mediante alteração do livro II da Parte Especial do Código Civil; ou (c) os aperfeiçoamentos na legislação empresarial devem ser feitos por meio de leis esparsas. Têm visões diferentes da do projetista relativamente à maneira mais apropriada de o direito brasileiro dispor sobre a matéria empresarial. Não passa despercebido, porém, que os adversários pelas razões *b* e *c* nada têm feito para tornar efetiva a alternativa que defendem. Mesmo tendo se iniciado o debate em 2011, com a apresentação do Projeto na Câmara dos Deputados, não se divulgou nenhuma minuta, rascunho ou esboço de projeto de lei alterando o Código Civil ou dos vários projetos de leis esparsas – omissão que põe em dúvida se esses adversários realmente acreditam na crítica que fazem.

De qualquer modo, porque não têm nenhum interesse em jogo, apenas opinião diferente, os adversários podem até mesmo se convencer, ao longo do debate em torno do Projeto, acerca da pertinência de um novo Código Comercial para ampliar a PJIP no Brasil. E os inimigos? Quem tem os interesses ameaçados pelo Projeto? Por mais paradoxal que possa parecer, à primeira vista, a melhoria do ambiente de negócios no país não interessa a todos os empresários. E não interessa porque ela acarretaria em aumento na concorrência.

Convém aqui distinguir entre empresários competitivos e não competitivos; ou, mais propriamente, entre sociedades empresárias competitivas e não competitivas. Por força de características de personalidade, as pessoas são mais ou menos afetas à competição. Alguns se gratificam muito ao concorrerem, enquanto outros preferem se poupar de enfrentar concorrentes. E, de algum modo, as sociedades empresárias acabam refletindo os traços de personalidade de seu controlador e administradores. Pois bem, são as sociedades empresárias não competitivas, em geral monopolistas ou oligopolistas, que temem o novo Código Comercial e os impactos positivos que ajudará a produzir na economia brasileira. São as inimigas do Projeto que serão prejudicadas com a melhoria da PJIP. Não lhes interessa aumento na concorrência porque um ambiente mais competitivo forçará inevitavelmente a redução de preços e margens.

Quem já se estabeleceu no Brasil, conquistou sua fatia de mercado e está, a despeito de todas as dificuldades, conseguindo obter lucros, pode não querer enfrentar o acirramento da competição. De modo geral, eles arcaram com o *custo Brasil* e podem considerar natural resistirem à vinda de concorrentes que, em ambiente de negócios melhorado, não precisarão incorrer no mesmo custo. Não interessa aos empresários (e sociedades empresárias) não competitivos estabelecidos no Brasil reforma trabalhista, racionalização tributária e ampliação da PJIP que melhorem o ambiente de negócios. A atração de novos investimentos e o aumento da concorrência é do interesse imediato dos consumidores e trabalhadores, mas não atende aos de certos empresários estabelecidos no Brasil.

Obviamente, porém, entre os interesses dos empresários não competitivos (que serão prejudicados com a aprovação do Projeto de Código Comercial) e os dos consumidores e trabalhadores brasileiros, e, também, os dos demais empresários estabelecidos no Brasil, ninguém duvida de que devem prevalecer os destes últimos.

## 6 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. **Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais**, fls. 17. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 487/2013**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=141614&tp=1>>. Acesso em: 11 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1572/2011**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A8B78F33085909F786372BA3286D6130.proposicoesWeb2?codteor=888462&filename=Tramitacao-PL+1572/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A8B78F33085909F786372BA3286D6130.proposicoesWeb2?codteor=888462&filename=Tramitacao-PL+1572/2011)>. Acesso em: 11 set. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. As Teorias da desconsideração. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. Ideologia e segurança jurídica. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, ano 11, v. 1, 2014a.

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. The legal protection of investment. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, Rio de Janeiro, v. 14, jan./jul. 2014b. No prelo.

COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; GUEDES, Marcelo Guedes (Org.). **Novas Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

GRUPO BANCO MUNDIAL. **Doing business** – medindo regulamentações de negócios, 2015. Disponível em: <<http://portugues.doingbusiness.org/rankings>>. Acesso em: 10 set. 2015.

IRTI, Natalino. **Letà della decodificazione**. 4. ed. Milão: Giuffrè-Mvltà Pavcis, 1999.

MUKAI, Toshio. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria aplicada ao direito societário**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=15006](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15006)>. Acesso em: 11 set. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. I.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil** – história, direito e economia. São Paulo: Malheiros-FGV, 2014.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo; RT-EDUC, 1975.

VIDIGAL, Geraldo (Org.). **Lei de Defesa do Consumidor**. Biblioteca IBCB, v. 22. São Paulo: IBCB, 1991.