

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

IRINEU GALESKI JUNIOR

JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

CURITIBA
2013

IRINEU GALESKI JUNIOR

JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientadora:
Professora Dr. Maria Carla Pereira
Ribeiro (pós-doutora)

CURITIBA
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

IRINEU GALESKI JUNIOR

JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professor Doutor Weimar Freire da Rocha

Professor Doutor Antonio Carlos Efig

Professor Doutor Luciano Benetti Timm

Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira

Curitiba, 01 de março de 2013 às 14:30

DEDICATÓRIA

À minha amada Carla.

AGRADECIMENTOS

Agradeço:

Aos meus pais, Irineu e Arlete, pelo apoio tanto, pelo sempre acreditar, pelo altruísmo perene e pelo existir.

À minha irmã, Andrea, e cunhado, Alex, companheiros os mais agradáveis e obsequiosos.

À minha orientadora, mestre ímpar, exemplo de desprendimento e galhardia, minha mais profunda gratidão.

Ao corpo de professores, pelo duto saber disponibilizado com magnanimidade.

RESUMO

Propõe-se nesta tese a divisão da jurisdição comum, criando-se um ramo dedicado unicamente às questões empresariais. Os comerciantes já tiveram a experiência de contar com uma jurisdição especializada em outros momentos da história, isso inclusive no Brasil, quando os Tribunais do Comércio funcionaram entre 1850 e 1873. A abordagem leva em consideração conteúdos da ciência econômica, tais como os relacionados à Nova Economia Institucional e à Economia Comportamental, com o objetivo de moldar a jurisdição de acordo com a natureza eminentemente econômica do agir empresarial. Justifica-se aqui a criação da jurisdição empresarial diante do atual desenvolvimento e da complexidade das relações econômicas profissionais – aspecto individualista – mas também com vistas ao interesse coletivo e macroeconômico, seja pela questão do custeio público, seja em razão do impacto que a litigância gera para o desenvolvimento econômico do país. De outro lado, o Estado deve assumir a função que lhe compete quanto à administração da Justiça de forma célere e eficiente, o que não realiza hoje, conforme se verifica pelo constante crescimento do uso da arbitragem nos conflitos empresariais. Ademais, sugere-se uma análise das normas de caráter processual a fim de adequá-las às lides e fins empresariais, por exemplo, no que tange a um novo tratamento da publicidade processual, da questão recursal, bem como uma flexibilização dos aspectos procedimentais.

Palavras-chave: Jurisdição; Empresa; Especialização; Eficiência; Processo; Análise Econômica do Direito

ABSTRACT

This paper proposes a division of the common jurisdiction, creating a branch solely dedicated to business issues. Traders already had a specialized jurisdiction at other times in history, even in Brazil, when the Courts of Commerce worked between the years of 1850 and 1873. The approach takes into consideration contents of economic science, as those related to the New Institutional Economics and the Behavioral Economics, aiming to shape the jurisdiction in accordance with the eminently economic nature of business behavioral. The creation of the business jurisdiction is justified against the current development and the complexity of professional economic relations – individualistic aspect. However, it also takes the collective and macroeconomic interest into account, either because of public funding or the impact generated to the economic development of the country by litigation. On the contrary, the State must take its due role concerning justice administration speedily and efficiently, which does not happen nowadays, as evidenced by the steady growth in the use of arbitration in business disputes. Moreover, it suggests an analysis of the rules of procedural nature in order to adapt them to business disputes and purposes, for instance, a new treatment of procedural publicity and appellate issue, as well as a relaxation of the procedural aspects.

Key words: Jurisdiction; Firm; Specialization; Efficiency; Process; Economic Analysis of Law

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – VALOR ESPERADO DE RECUPERAÇÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO.....	94
FIGURA 2 – CUSTO POR PROCESSO JULGADO.....	95
FIGURA 3: CUSTO PARA MANUTENÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL.....	96
FIGURA 4: O PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE POSTERGAR O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES	100
FIGURA 5: JUSTIÇA EM NÚMEROS	109
FIGURA 6: JUSTIÇA EM NÚMEROS	110
FIGURA 7: JUSTIÇA EM NÚMEROS	110
FIGURA 8: NÚMERO DE REFORMAS DE DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU..	184
FIGURA 9: REFORMA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS EM RECURSOS DIRIGIDOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES	186

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O DIREITO COMERCIAL COMO REFLEXO DA NECESSIDADE DE UMA JURISDIÇÃO PRÓPRIA.....	18
1.1 AS CORPORações DE OFÍCIO: A CONSOLIDAÇÃO DO <i>IUS MERCATORUM</i> E OS TRIBUNAIS CONSULARES.....	18
1.2 MERCANTILISMO: O INÍCIO DA TRANSIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO PÚBLICA.....	27
1.3 O CÓDIGO NAPOLEÔNICO: A OBJETIVAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL E OS TRIBUNAIS DO COMÉRCIO	30
1.4 A TEORIA DA EMPRESA: SUPERAÇÃO DA QUESTÃO JURISDICIONAL	36
1.5 O DIREITO COMERCIAL NO BRASIL: A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO COMÉRCIO	44
2 AS PREMISSAS ECONÔMICAS	52
2.1 INTRODUÇÃO	52
2.2 DA RELAÇÃO ENTRE A ECONOMIA E O DIREITO DOS NEGÓCIOS: DA TRANSIÇÃO ENTRE O PARADIGMA DA TROCA E DO COMÉRCIO PARA A ORGANIZAÇÃO E A EMPRESA	55
2.4 A EMPRESA, A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AS PREMISSAS COMPORTAMENTAIS	64
2.4.1 Prosseguindo: a Economia Comportamental e a assimetria informacional	74
2.5 DAS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS SOBRE A LITIGÂNCIA EMPRESARIAL	81
3 A JURISDIÇÃO EMPRESARIAL	85
3.1 INTRODUÇÃO	85
3.2 A NECESSIDADE DE REDISSCUSSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	86

3.3 A CONJUNTURA DA LITIGÂNCIA E OS MOTIVOS DA LITIGÂNCIA EMPRESARIAL: SUPERAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE JURISDIÇÃO ...	93
3.3.1 O impacto econômico da litigância.....	93
3.3.2 O diagnóstico da litigância empresarial	97
3.4 DAS JUSTIFICATIVAS PARA A JURISDIÇÃO EMPRESARIAL.....	102
3.4.1 A necessidade de especialização	102
3.4.2 A questão do custeio da prestação jurisdicional	108
3.4.3 A obrigação do Estado em proporcionar uma jurisdição adequada aos conflitos empresariais: crítica à arbitragem como única alternativa viável para a solução eficiente de litígios empresariais	116
3.4.4 A jurisdição empresarial e o princípio <i>iura novit curia</i>	124
3.5 A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO EMPRESARIAL ...	128
3.5.1 Critério pessoal.....	131
3.5.2 Uma proposta de critério material.....	139
4 UMA PROPOSTA DE ADAPTAÇÃO DO PROCESSO CIVIL À REALIDADE EMPRESARIAL.....	151
4.1 INTRODUÇÃO	151
4.2 A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO OBRIGATÓRIO DO PROCESSO EMPRESARIAL	154
4.3 O PAPEL DA PUBLICIDADE NO PROCESSO EMPRESARIAL: SIGILO PARA AS QUESTÕES DE EMPRESA E AMPLA ACESSIBILIDADE PARA EFEITOS DE REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO	162
4.4 A ESCOLHA NA NORMA JURÍDICA E O JULGAMENTO POR EQUIDADE	167
4.5 O REGIME DAS PENALIDADES PROCESSUAIS DIANTE DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA: USO DE INCENTIVOS NEGATIVOS PARA DETERMINAR COMPORTAMENTOS	172
4.6 A ADAPTAÇÃO RECURSAL	179
4.7 A ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E A UNIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: MEDIDAS PARA DIMINUIR A ASSIMETRIA INFORMACIONAL.....	191

CONCLUSÕES.....	197
REFERÊNCIAS.....	203
ÍNDICE REMISSIVO	214

INTRODUÇÃO

O direito comercial brasileiro vive uma crise de identidade. Seja no aspecto da norma positivada, seja quanto à aplicação, não se verifica uma homogeneidade no tratamento da figura principal desse ramo jurídico: o empresário.

Não se quer afirmar que outros ramos jurídicos não apresentem a mesma perplexidade, mas no que importa à presente tese, o direito comercial precisa de um referencial principiológico.

O Direito Comercial convive com figuras como a do comerciante matriculado, o comerciante-tipo (definido em lei) e comerciante-exercente (identificado pelas características da atividade que desenvolve), amplitude que provocou e provoca idas e vindas da doutrina, tornando o consenso mais distante. Aliás, a título de esclarecimento, ao longo da tese serão adotadas as expressões comerciante e empresário como sinônimas, ou seja, praticantes de atividade econômica de forma profissional, e que só se diferenciam em razão do período histórico em que foram utilizadas.

A partir da doutrina, a perplexidade estendeu-se aos ordenamentos jurídicos, pois não havendo uma fonte dogmática suficientemente consolidada, todas as influências minimamente defensáveis foram suficientes para influenciar a positivação da norma, criando um sistema impreciso.

Para ilustrar, no Brasil, as definições legais de microempresário e empresário de pequeno porte – espécies mencionadas na Constituição Federal – não encontram na legislação infraconstitucional um tratamento coerente com a teoria da empresa plasmada no Código Civil.

A suposta extinção da dicotomia vigente no direito privado, a partir da vigência do Código Civil atual, criou novas dificuldades, embora tenha sido consolidada sob o argumento de que previstas as relações privadas em um ordenamento único estar-se-ia por construir uma lógica que privilegiasse o tratamento isonômico para determinados temas e a distinção entre as situações privadas comuns e as empresariais em outros. A dicotomia, no entanto, perdura.

Some-se a isso o crescimento – e amadurecimento – da doutrina e tutela consumerista que o Brasil experimentou a partir da década de 1990, inserindo mais um

dado na já conturbada relação travada dentro do direito privado, quando divergências criadas pelas teorias finalista e maximalista trouxeram a discussão sobre qual o regime jurídico se aplica sobre as relações do empresário, especialmente o hipossuficiente no contexto obrigacional.

Instalada estava a crise de identidade acima asseverada.

Diante da dificuldade da tarefa de fixar conceitos que tenham supedâneo na realidade do tráfico comercial, a tendência que a doutrina comercialista tem adotado é a de reavivar a separação, ou seja, segregar o direito privado novamente, em estatutos distintos. A solução, portanto, seria a vigência de um Código Civil, um Código Comercial e um Código de Defesa do Consumidor, todos coexistindo, sendo definida a diferença em sua aplicabilidade a partir dos elementos indicados na própria legislação.

Acredita-se, contudo, que essa não seja a solução mais eficiente para a questão.

Não parece ser exagero afirmar que o Direito Comercial é uma das searas jurídicas em que há maior disparidade entre o que se vive nas relações sociais cotidianas e o que está positivado, entre o que emana da doutrina e o que se ensina na academia, fruto do próprio dinamismo que o caracteriza.

Basta analisar-se o conteúdo programático mais comum aos cursos de graduação em Direito para se atestar que os temas tratados na imensa maioria das instituições estão divorciados da realidade da vida e da lide empresarial. Alguns destes aspectos se sobressaem: os títulos de crédito hoje dizem menos ao direito empresarial do que ao consumerista; o nome empresarial tem uma importância cada dia mais histórica, diante de institutos vitais para o empresário, como a marca e, principalmente, o nome de domínio. No tema das sociedades, justificar a diferença prática entre a simples e a empresarial revela-se uma tarefa aparentemente supérflua e artificial.

Já no que tange à jurisprudência, as cicatrizes da crise são mais profundas. Alguns dogmas comerciais como a limitação de responsabilidade do sócio passaram a ser quase a exceção nas decisões judiciais em determinados tipos de litígios e a excepcional desconsideração da personalidade jurídica assumiu o papel de regra em tais situações.

A convivência da teoria maior e menor da *disregard*, a aceitação generalizada das diferenças de posicionamento considerada em relação às diversas

jurisdições revelam, agora do ponto de vista judicial, como o direito comercial está combalido.

Nesse contexto, mudar a sistemática normativa talvez não surta o efeito esperado, enquanto, em primeiro lugar, estiver divorciada da realidade empresarial e, em segundo lugar, enquanto não houver uma unidade jurisdicional mínima que defina a interpretação e dê sentido estável aos comandos positivados.

Frente a essa situação, quem experimenta consequências amargas são os empresários, pois são crescentes os custos de transação que decorrem, em parte, da insegurança jurídica. Não havendo previsibilidade mínima – crise dos conceitos – as decisões empresariais são a cada dia mais arriscadas.

A consequência efetiva é a queda na eficiência da atividade empresarial, o que não impacta apenas na escala microeconômica, mas também no aspecto macroeconômico, ou seja, no desenvolvimento econômico do país, ante a redução na produção da riqueza.

É diante dessa problemática que se apresenta esta tese de doutoramento: com a propositura de uma reflexão sobre a adoção de uma jurisdição especializada em se dirimir conflitos empresariais.

Tendo como marco teórico o realismo jurídico, entende-se que o formalismo jurídico e as concepções metafísicas não são suficientes para solucionar o paradoxo do direito comercial hoje vivido.

Lembre-se que é esta a imagem que se desenha a partir de uma análise da situação jurídico-empresarial no Brasil. Os conceitos não se adéquam às observações empíricas, especialmente na forma de se abordar os conflitos entre empresários.

Ao lado do realismo, uma abordagem a partir do pragmatismo jurídico e da análise econômica do direito, acredita-se, poderá permitir a delimitação da matéria empresarial considerando o cerne de sua gênese: a realidade empírica e o conteúdo econômico.

Até por esse motivo é que este estudo apresenta argumentos e premissas que dizem respeito à realidade empresarial, premissas essas que não podem ser aplicadas na mesma proporção ou molde para outras relações privadas, *v. g.* relações de família, direitos de personalidade, tutela do consumidor hipossuficiente e etc.

A adoção de uma postura pragmática a respeito do tema de reforma da jurisdição passa pela identificação de que determinadas searas da vida privada são informadas por outras matrizes, além da econômica, como são aqueles de ordem social, política e moral.

Nesse sentido, uma análise realista da dicotomia do direito público e privado revela que neste há interesses que são considerados públicos e naquele, interesses de cunho privado, o que repercutirá na escolha dos valores que conduzirão a formação e a interpretação jurídicas.

É nesse sentir que se propõe o reconhecimento também da distinção dentro do próprio direito privado, o que exige a especialização da função jurisdicional para que as normas de direito empresarial passem por crivos que lhe são peculiares, como aquele da eficácia.

A propositura de uma jurisdição especializada não se limita à busca destas linhas fronteiriças entre os temas empresariais, mas também a servir de instrumento para a eficiência que deve permear as relações entre empresários.

A lide é um fenômeno frequente quando as relações travadas entre os sujeitos econômicos são marcadas por interesses antagônicos. Portanto, a racionalidade que deve informar o comportamento jurisdicional diante das lides empresariais deve ser outra em comparação a conflitos em que não há interesse econômico imediato.

A idealização e propositura de uma jurisdição especializada para os conflitos empresariais trata também de um resgate histórico, uma vez que se aborda a cronologia do direito comercial, tendo como eixo de análise a forma como se dirimiam os conflitos surgidos nas relações profissionais nos primórdios de sua formação.

E é esse justamente o tema do primeiro capítulo: tratar da origem do direito comercial, passando por uma abordagem da atividade jurisdicional das Corporações de Ofício, seguindo com a teoria dos atos de comércio – criada principalmente para delimitar a competência da jurisdição especial em face da comum – e chegando à teoria da empresa, quando a questão jurisdicional deixa de prevalecer. Outrossim, trata da experiência brasileira em relação aos Tribunais do Comércio, suas razões de criação e extinção.

No segundo capítulo serão abordados aspectos e premissas econômicas que servirão de substrato para justificar a finalidade e forma de estruturação da jurisdição

empresarial. Será demonstrado como o comércio é a forma de ligação entre o Direito Comercial e a Economia. Outrossim, decorrente do realismo jurídico americano, o movimento *Law and Economics* e as escolas econômicas a ela pertinentes – como a Nova Economia Institucional – serão abordados como marcos teóricos da presente pesquisa. Em seguida, o tratamento dos custos de transação e das premissas econômico-comportamentais justificará certas escolhas expostas nos dois derradeiros capítulos da tese.

No capítulo terceiro, em primeiro lugar o objetivo será examinar o papel que a jurisdição deve desempenhar atualmente e especialmente frente às lides empresariais. Passar-se-á à análise da conjuntura, origem e racionalidade da litigância empresarial, a fim de comprovar que uma jurisdição especializada é necessária, dada a peculiaridade das lides entre empresários.

Uma vez sustentada a premissa, propor-se-á justificativas que permitam considerar a necessidade de divisão da jurisdição comum, com a especialização dos magistrados, pelo estabelecimento de distinta forma de custeio da jurisdição empresarial, o papel institucional do Estado frente aos conflitos empresariais e a questão da arbitragem e do princípio *iura novit curia*, relativamente às lides entre empresários. Por fim, será proposta uma forma de fixação da competência dessa jurisdição especializada.

Como buscará demonstrar o último capítulo da tese, não bastará a especialização da jurisdição se essa não vier acompanhada da adaptação adequada das normas processuais à racionalidade e natureza dos litígios em discussão.

De início, haverá a sugestão da adoção de um meio alternativo de resolução de conflitos a ser internalizado no processo judicial – a conciliação – diante das peculiaridades das relações empresariais. A isso se seguirá a abordagem de um novo conceito de publicidade processual para as querelas entre empresários, quando importa dar realce à questão do segredo profissional de um lado e, de outro, à ampla publicidade como fonte de informação sobre comportamento no mercado.

O julgamento por equidade e a escolha da norma jurídica a reger o julgamento também será objeto de análise na formatação de um processo empresarial, tal qual ocorre com a arbitragem.

O trabalho perpassa também pela repressão ao uso do processo de forma estratégica e subversiva, merecendo especial atenção o regime das penalidades processuais. Ponto de análise seguinte será o exame do papel do recurso no processo empresarial. Por fim, examinar-se-á a adaptabilidade procedimental como alternativa no processo empresarial, tendo como referência a pesquisa em direito comparado.

1 O DIREITO COMERCIAL COMO REFLEXO DA NECESSIDADE DE UMA JURISDIÇÃO PRÓPRIA

1.1 AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO: A CONSOLIDAÇÃO DO *IUS MERCATORUM* E OS TRIBUNAIS CONSULARES

A formação e desenvolvimento do direito comercial estão intimamente ligados aos fenômenos históricos, políticos e econômicos dos diversos momentos em que se deu seu estabelecimento.

A evolução da produção e da sociedade fez com que, em um determinado momento histórico, por meio da criação de normas específicas, em razão da necessidade apresentada pelo tráfico comercial que se desenvolvia sem um sistema precedente que desse suporte às novas necessidades, o direito comercial surgisse como ramo independente do direito.

Ao contrário do ramo tradicional do direito privado, a saber, o direito civil, o direito comercial não se ateve à simples releitura dos institutos romanos. Pelo contrário, aqueles incorporados precisaram ser adaptados às necessidades específicas dos mercadores. Houve ainda a necessidade do surgimento de instrumentos jurídicos não previstos na Antiguidade, como por exemplo, os *títulos de crédito*.

Nesse sentido, Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirma que

Os romanos, apesar da evolução de seu direito, não conheceram um direito especial ao comércio, vale dizer, um complexo ordenado de normas distinto do direito civil. Jamais os juristas romanos trataram de sistematizar as normas aplicáveis ao comércio e separá-las do direito civil¹.

A economia romana era predominantemente agrícola, mas houve períodos em que concomitantemente se intensificaram e proliferaram trocas com povos estrangeiros. Esse comércio, essas relações, contudo, eram regidos pela aplicação do *ius gentium* vigente. Não obstante se adotasse normas gerais de direito privado romano, por

¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 40.

exemplo, normas relacionadas a contratos, o direito comercial primitivo necessitou criar estruturas e modelos próprios para, de um lado, se adequar às necessidades crescentes e, de outro, toldar os preconceitos ínsitos ao Direito Canônico em relação à cobrança de juros e às operações de crédito.

No direito romano sequer havia uma expressão que identificasse os atos mercantis. Isso parece bastante para supor que o que retardou a formação do direito comercial não foi a negligência da época, mas a inexistência de contexto histórico para esse surgimento. Alfredo Rocco afirma que

Faltava-lhes um termo técnico para designar o ‘comércio’: a palavra *commercium* indicava a participação num ato jurídico de troca entre vivos; a expressão *negotiatio* o exercício de qualquer indústria; e o vocábulo ‘mercatura’ é o tráfico das mercadorias, no sentido mais restrito².

Acresce que, de acordo com Levin Goldschmidt, a atividade econômica de produção e circulação era considerada indigna na sociedade romana: “chi vive del lavoro delle sue mani non è rispettabile; ogni lavoro ed arte che abbia per scopo il denaro, non ostante la necessita e utilità anche del commercio generalmente riconosciuta, sono indegni di un nomo libero: illiberale”³. Portanto, o direito comercial surge, em certa medida, como um ramo inédito, e não como evolução imediata do direito romano⁴.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa bem define, portanto, vide nota 4, o direito comercial, como uma “ciência histórica” e não ontológica, isto é, nunca houve uma delimitação de objeto clara entre este direito e o sistema anterior no que tange à atividade econômica privada⁵.

No mesmo sentido, sintetizam Rodrigo Uría e Aurelio Menéndez: “el Derecho Mercantil surge, en efecto, en la Edad Media (siglos XI y XII), como

² ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1931, p. 4-5.

³ GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del Diritto Commerciale**. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 51.

⁴ Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa esclarece que “o novo Direito que começou a surgir naquela oportunidade apresentou, de um lado, o objetivo de contornar a insuficiência dos ordenamentos da base romanística e bárbara quanto ao tratamento das questões urgidas no comércio; e, de outro, operou em contraposição ao Direito Canônico, cujas restrições contrariavam as necessidades dos comerciantes e as condições para o desenvolvimento do comércio”. (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, volume 1, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 33.)

⁵ *Idem, ibidem*, p. 34.

consecuencia de *la inadaptación del Derecho común* o del ordenamiento entonces vigente (Derecho Romano recibido, Derecho germánico y Derecho canónico) a las necesidades de una nueva economía urbana y comercial que se va abriendo paso frente a la economía feudal y esencialmente agraria de la Alta Edad Media”⁶.

Com a superação do período histórico romano, os praticantes da atividade mercantil apresentaram a necessidade de novos institutos ou adaptações dos existentes para tornar mais dinâmico o fluxo das suas relações econômicas.

Tullio Ascarelli destaca algumas dessas adaptações. Por exemplo:

- Quanto a um sistema contratual mais complexo e elástico em relação ao sistema romano, um sistema que permitisse a conclusão do pacto entre ausentes por meio de comitentes ou representantes, algo não definido até então;
- O aprimoramento dos instrumentos de escrituração e circulação do crédito;
- A delimitação da sociedade anônima moderna a partir das companhias coloniais de expansão ao Novo Mundo; dentre outras significativas adaptações⁷.

Foi durante a Idade Média – compreendida entre os séculos V e XV, mais exatamente da divisão do Império Romano em 395 d.C. até a tomada de Constantinopla, em 1453 – que ocorreram as transformações acima mencionadas, mais especificamente a partir do Século XI, ou na Baixa Idade Média, quando uma série de fatores motivaram o renascimento das atividades comerciais, a saber: a cessação das invasões bárbaras; a perda de poder dos senhores feudais e a rebelião dos servos; a revalorização do trabalho manual; as Cruzadas; a formação comunal e corporativa; a constituição política dos Direitos do Estado, dentre outros⁸.

O contexto da efervescência do comércio marítimo no Mediterrâneo, que provia os centros comerciais (mercados e feiras) a beira-mar, e da crescente

⁶ URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio. Concepto, evolución histórica y fuentes del derecho mercantil, in **Lecciones de Derecho Mercantil**, 4ª edição, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 30.

⁷ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**, Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 10-15.

⁸ SOUZA, Ruy de. **O Direito das Emprêsas**, Belo Horizonte: Bernardo Alvares Editora, 1959, p. 43-44.

dinamicidade das operações econômicas – por exemplo, o surgimento do contrato de comenda – provocou a divisão social e o surgimento da figura do comerciante. A partir disso, a identificação entre os pares dessa mesma classe e o reconhecimento das necessidades comuns da atividade, fez surgir as chamadas Corporações de Ofício⁹. A transferência do poder econômico do campo para a cidade foi fazendo com que a classe dos comerciantes ganhasse força e influência.

Adam Smith discorre de forma rica e detalhada acerca de como se deu a ascensão da *cidade*. O desenvolvimento do comércio gerou um benefício indireto para os proprietários rurais, uma vez que eram os fornecedores para o mercado que se corporificava. Afirma o autor que “por mais servil que possa ter sido ao princípio a condição dos habitantes dos burgos, afigura-se com toda a evidência que alcançaram a liberdade e a independência muito mais cedo do que os locatários da terra no campo”¹⁰.

A partir de uma análise institucionalista é forçoso concluir que tais órgãos de classe formaram-se naturalmente, como fruto da atomização do poder, ou seja, para preencher lacunas de autoridade. O desenvolvimento das relações econômicas exige institutos que provejam previsibilidade – normas gerais e abstratas que tracem normas de conduta – e *enforcement* – o cumprimento dos comandos abstratos, a partir da subsunção aos fatos concretos ocorridos.

⁹ “Para se defenderem contra os abusos dos poderosos, e talvez para os cometerem por sua vez, os comerciantes uniram-se até ao número de mil, seguindo a tendência da época, em corporações distintas das outras classes sociais. Formaram colégios constituídos segundo o vários ramos do seu comércio, denominados *artes, paratici, convivia*, que deram mais tarde origem a uma corporação principal designada com o nome de universidade, de comunidade dos comerciantes e por vezes simplesmente com o nome de *mercanzia*. Estas corporações tornaram-se pouco a pouco poderosas, como o atestam a magnificência das suas sedes, e tiveram privilégios e franquias. Elas presidiam por meio dos seus oficiais às feiras, aos mercados, e estabeleciam as ordenanças deles, tomavam parte por meio dos seus representantes no Conselho das Comunas, mantinham a segurança nos caminhos; mandavam cônsules ao estrangeiro para protegerem os sócios; desempenhavam funções de piedade religiosa e de socorro mútuo, possuíam um patrimônio imobiliário, um armazém para a guarda das mercadorias, e ocorriam às suas despesas com os tributos dos sócios, com as passagens, com multas, com impostos, com doações. Mas mais importante ainda foi a sua obra para a formação de um direito mercantil. O cônsul que entrava em exercício devia prestar juramento, no qual prometia observar todos os costumes da corporação, e estes juramentos, passados a escrito, coligidos por ordem cronológica em volumes denominados estatutos, formaram os germens preciosos de uma legislação comercial. Continham a princípio regras financeiras, administrativas, técnicas, sobre métodos de fabrico, misturadas e confundidas com regras contratuais, mas pouco a pouco aquela enorme matéria se foi ordenando sistematicamente por obra dos organizadores dos estatutos.” (VIVANTE, Cesare. **Instituições do direito comercial**, 2ª edição, Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 19-20.)

¹⁰ SMITH, Adam. **Riqueza das nações**, vol. I, 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 678.

Esse contexto foi o substrato para o surgimento da chamada teoria estatutária do direito comercial, que estava baseada em dois pilares: os órgãos de classe – geralmente conhecidos como *Corporações de Ofício*, embora sua denominação podia variar de acordo com a região de sua criação – e o produto desses colegiados, ou seja, os *Estatutos*.

Foi essa a realidade do comércio entre os séculos XIII e XIV, especialmente na região que hoje compreende a Itália, pois as cidades (comunas) de – Veneza, Gênova, Pisa, Florença, Amalfi, Siena, Milão – lá estabelecidas, apresentavam uma organização social e política relativamente estável, bem como relações internacionais consolidadas, elementos esses propícios ao desenvolvimento do comércio; enquanto outras regiões da Europa ainda buscavam se organizar economicamente. De acordo com Levin Goldschmidt, múltiplos são os fatores que justificam ter o comércio se fortificado na região da Itália:

Uma civilização antiga e consolidada;

As comunicações comerciais sempre foram mantidas e asseguradas em razão de tratados internacionais com Bizâncio e demais localidades muçulmanas;

A grande circulação de bens e pessoas daquela região para o Oriente;

O grande número de cidades circundantes do Mediterrâneo, permitindo as navegações e explorações¹¹.

Nas cidades italianas, as corporações de ofício podiam variar de tamanho, e mesmo coexistirem duas ou mais em uma mesma região, em razão da posição que desempenhavam no governo seus integrantes. Existiam ainda corporações com caráter político, como por exemplo, a *Universitas Mercatorum* ou *Mercanzia*¹², que teve lugar em Bolonha¹³. Tempos mais tarde, a mesma estrutura de corporações de ofício se estendeu para as cidades francesas de Marselha, Arles, Montpellier, para Barcelona na

¹¹ GOLDSCHMIDT, Levin. *Op. cit.*, p. 117-118.

¹² “*L’Universitas mercatorum, camporum et artificum* bolognese – comumente chiamata Mercanzia – sorse sul finire del XIV secolo, in un particolare e delicato momento storico quale fu il secondo comune popolare, caratterizzato da un’apparente autonomia cittadina, che peraltro riconosceva la soggezione all’autorità pontificia nella persona del vicario Giovanni da Legnano. La creazione di un ente inter-e sovra-corporativo – come efficacemente definito da Mario Ascheri – con lo scopo di disciplinare il contenzioso scaturente dalle attività professionali non fu il poratto di regimi esterni o superiori, ma il frutto delle aspirazioni autonome della locale borghesia, cui spettava un ruolo di primo piano nella nuova organizzazione istituzionale cittadina.” (ANNICHINI, Alessia Legnani. **La Mercanzia di Bologna – Gli statuti del 1436 e Le riformazioni quattrocentesche**. Bologna: Bononia University Press, 2008, p. 1-2.)

¹³ GOLDSCHMIDT, Levin. *Op. cit.*, p. 129-130.

Espanha, e ainda para Brugels e Amberes, na região da Holanda e Bélgica e para as cidades na região da Alemanha, Lübeck, Hamburgo e Bremen¹⁴.

A doutrina comercialista afirma que o período *estatutário* é um período estritamente subjetivista do direito comercial, que estava a serviço do comerciante, e por isso é considerado como corporativo, profissional, especial e autônomo em relação ao direito territorial e civil, também sendo consuetudinário¹⁵. Francesco Galgano denomina *lex mercatoria* ou *ius mercatorum* esse direito criado pelo costume mercantil, pela jurisprudência mercantil, pela classe dos comerciantes sem mediação da classe política¹⁶.

Havia três focos na atividade normativa destas comunidades profissionais: a normatização e regulação administrativa do exercício da profissão de comerciante, as regras jurídicas quanto à produção e aquelas relacionadas à circulação dos bens¹⁷. Contudo, em paralelo à institucionalização de normas, indispensável era a criação de uma jurisdição que aplicasse os comandos gerais e abstratos e desse concreção ao *ius mercatorum*. Tratam-se dos tribunais consulares, que também tinham finalidade administrativa¹⁸. O cônsul era nomeado para dirimir os conflitos surgidos na dinâmica das operações e tinha poder para resolver as questões e fazer cumprir suas decisões¹⁹.

De acordo com Bruce L. Benson, não há como desvencilhar o estudo da origem dos Tribunais do Comércio com o surgimento do direito comercial em si. O direito comercial, tal como concebido hodiernamente, teve sua origem aproximada entre os séculos décimo primeiro e décimo segundo da era cristã, durante o período de recuperação econômica e reestruturação social e política europeia. Após a queda do império romano as relações comerciais europeias eram quase inexistentes, porém, em meados do século XI, a rápida expansão da produtividade agrícola fez com que a

¹⁴ URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 1º volume, 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

¹⁶ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria – Storia del diritto commerciale**. Bologna: Mulino, 1993, p. 9.

¹⁷ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p. 45-46.

¹⁸ Levin Goldschmidt destaca, contudo, que os tribunais consulares foram criados, antes, com a finalidade de disciplinar exercer o poder de polícia sobre o comércio, sendo que a criação de uma jurisdição comercial particular não teria sido a principal intenção das corporações (GOLDSCHMIDT, Levin. *Op. cit.*, p. 138)

¹⁹ MARTINS, Fran., **Curso de Direito Comercial**, 33ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 8.

população, que antes vivia no campo, migrasse para as cidades, fazendo com que uma classe de comerciantes profissionais fosse criada²⁰.

Amalia D. Kessler afirma que esse período, que se estendeu até o início da modernidade, foi marcado pelo desenvolvimento de costumes e práticas comuns entre os comerciantes da época, no claro intuito de expansão das relações negociais. Tais costumes, por irem de encontro ao direito processual e substancial ordinário, fizeram com que os comerciantes da época estabelecessem seus próprios tribunais, responsáveis por dirimir questões se baseando nos costumes do comércio²¹. João Eunápio Borges afirma que “na formação, na fixação e na difusão do jus mercatorum nascente, exerceu papel relevante a justiça das corporações. Guiados pelos usos e pelos estatutos, os cônsules administravam a justiça, decidindo rapidamente, sem os formalismos do processo comum”²².

Tratando da jurisdição das corporações, José Xavier Carvalho de Mendonça afirma que

a sua magistratura formava-se por meio de cônsules dos comerciantes (cônsules mercatorum), eleitos pela assembleia dos comerciantes, tendo funções políticas (defender a honra e dignidade das corporações e que pertenciam, ajudar os chefes a manter a paz, etc.), funções executivas (observar e fazer observar os estatutos, leis e usos mercantis, administrar o patrimônio etc.), e funções judiciais, julgando as causas comerciais. Decidiam com a máxima brevidade, sem formalidade (*sine strepitu et figura judicii*). Das suas sentenças nos casos mais graves dava-se apelação para outros comerciantes matriculados na corporação e sorteados, aos quais se atribuía o título de *sobrecônsules*²³.

Bruce L. Benson aduz que as decisões proferidas eram aceitas por vencedores e perdedores, porque o descumprimento das ordens poderiam resultar em ostracismo do mercador em relação à comunidade, sendo o boicote uma sanção muito eficiente. De acordo com o autor, a primeira razão pela qual os mercadores criaram suas próprias cortes deve-se ao fato de que a “lei estatal” vigente diferia da “lei dos comerciantes”. Exemplifica, mencionando que os Tribunais reais não conheciam de

²⁰ BENSON, Bruce L. **The spontaneous evolution of commercial law**. Florida: Southern Economic Journal, Jan 1989, vol. 55. p. 646.

²¹ KESSLER, Amalia D. **A Revolution in Commerce: the Parisian merchant court and the rise of commercial society in eighteenth century france**. New Heaven: Yale University Press, 2007, p. 97.

²² BORGES, José Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 26.

²³ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, volume I, 1ª edição, Campinas: Russell, 2006, p. 67-68.

demandas que versassem sobre contratos firmados perante outras nações. De outro lado, os Tribunais comuns não julgavam lides sobre contratos que previssem cobrança de juros, por enxergar a parte cobradora como usurária. Da mesma forma, nas outras cortes as anotações do comerciante não faziam prova. Essas situações exigiam tribunais adaptados aos interesses mercantis. A segunda razão para a criação das cortes dos comerciantes era a necessidade de grande especialização dos julgadores para as questões técnicas dos mercadores. A terceira razão era a necessidade de rapidez e informalidade no julgamento das questões comerciais²⁴.

Alfredo Rocco afirma que nem todas as relações do comerciante, contudo, estavam subordinadas aos Consulados. Afinal, para determinar a competência judiciária dos cônsules, o simples elemento da profissão nem sempre era suficiente, isso porque nem todas as atividades do mercador estavam relacionadas ao seu agir como comerciante. O que fugisse a tal âmbito deveria ser dirimido pelas leis comuns e pelos juízes ordinários. Portanto, já nessa época houve a necessidade de se delimitar a matéria de comércio, que abrangia os negócios comerciais em sentido próprio (*causae* ou *questiones mercantiles, negotiationis, mercantiae, pro factis mercandantia, quae pertinent ad mercandantia*), que se resumiam à compra de mercadorias para revenda e da sucessiva revenda; negócios com a intermediação do dinheiro; por fim, as operações de câmbio e as letras de câmbio. Afirma o autor que tal impasse e consequente solução deram os primeiros contornos à teoria dos atos de comércio²⁵.

Francesco Galgano esclarece que a organização da sociedade comunal estava baseada em duas ordens de instituições: as instituições de classe e as instituições da cidade. A controvérsia que surge²⁶, nessa dicotomia, é delimitar a aplicação de um ou outro, especialmente quanto a relações que envolvessem o comerciante e terceiros não comerciantes, o que era dirimido da seguinte forma:

il ius mercatorum nasce così come diritto creato direttamente dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica; come diritto imposto nel

²⁴ BENSON, Bruce L. *Op. cit.* p. 649-650.

²⁵ ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1931, p. 16-17.

²⁶ “De acordo com Paula Andrea Forgioni, nesse período a questão comercial estava relacionada a um problema processual de fixação de competências, ou seja, saber se determinada demanda deveria ser dirimida pelos tribunais consulares ou pelos comuns.” FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38-39.

nome di una classe, non già nel nome dell'intera comunità. Esse è imposto agli ecclesiastici, ai nobili, ai militari, agli stranieri: il suo presupposto di applicazione è, per chiunque, il solo fatto di essere entrato in rapporto con un mercante. Il tribunale mercantile è il solo tribunale competente a giudicare le controversie commerciali, purché sia mercante una delle parti, sia esso l'attore oppure il convenuto: il non mercante, o lo straniero, che si fosse rifiutato di sottoporsi alla giurisdizione mercantile perdeva, per il futuro, il diritto di invocare a proprio favore il *ius mercatorum* e la giurisdizione mercantile: in alcune città subiva l'interdizione da qualsiasi commercio con i membri della corporazione mercantile²⁷.

De acordo com o autor, a justificativa para a eficácia das normas corporativas em relação àquelas que não faziam parte de seus quadros era, no início, uma ficção jurídica, no sentido de que, a quem quer que fosse que tratasse com um comerciante presumir-se-ia, sem possibilidade de prova em contrário, ser igualmente comerciante. Depois, introduz-se o conceito de privilégio: o direito comercial vincula qualquer um em virtude do *privilegium mercaturae*. A razão para isso, segue o autor, seria a ascensão política da classe mercantil, a ponto de impor essa vantagem sobre o direito e à política comunal²⁸.

Como se vê, nesse período que antecede ao Mercantilismo, três fatores influenciam sobremaneira o desenvolvimento do direito comercial: em primeiro lugar, a posição de crescente hegemonia da classe dos comerciantes sobre os demais componentes da sociedade comunal; em segundo lugar, e em razão desse poder e organização, a criação de normas específicas para as atividades econômicas especializadas na intermediação de bens; em terceiro lugar, a aplicação e mediação dos conflitos baseadas nesse direito posto, mediante a criação de órgão jurisdicional próprio que se sobreponha até sobre o órgão comunal.

A atividade comercial que começava a se consolidar a partir da Baixa Idade Média exigia, portanto, a segurança jurídica para a consolidação de um sistema de troca, ou seja, a instituição do direito posto e do tribunal que lhe aplicaria.

²⁷ GALGANO, Francesco. *Op. cit.*, p. 37.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 37.

1.2 MERCANTILISMO: O INÍCIO DA TRANSIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO PÚBLICA

A Idade Moderna – período compreendido entre os séculos XV e XVIII, delimitado pela tomada de Constantinopla em 1453 até a Revolução Francesa, iniciada em 1789 – foi marcada por uma série de medidas políticas e econômicas conhecidas como *Mercantilismo*.

Sob esse título englobam-se acontecimentos e decisões que geraram a formação dos Estados modernos, “aparecendo, por sobre o interesse local e da economia comunal, um interesse nacional e uma economia nacional”, de forma que “o Estado passa a influenciar juridicamente, como antes influíram as autoridades comunais. Ao regime das corporações e das comunas sucede-se a organização estatal”²⁹.

Nesse período, a Itália, o berço do desenvolvimento do comércio, sucumbiu à força dos países limítrofes³⁰, já organizados em forma de Estado, o que representou, simbolicamente, um novo paradigma para o direito comercial, a troca da matriz privada para a publicização das normas comerciais. Portanto, a formação do Estado Nacional, para o direito comercial, importou em duas alterações substanciais: a gradual troca de posições entre os usos e costumes pelas leis estatais na escala de importância como fonte de direito; a segunda foi que a jurisdição comercial deixou de ser o exercício de uma atividade privada para ser incorporada pelo Estado, como Tribunais especiais, contudo, ainda com a participação de comerciantes³¹. As corporações de ofício ainda resistiam, porque passaram a ter nova finalidade: o financiamento das despesas estatais, especialmente, o reforço de guerra³².

²⁹ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p. 50.

³⁰ “A longa paz tinha desabitado os italianos do uso das armas, tinha-os tornado pacíficos e adversos ao sangue, à luta. Entretanto, em volta deste país, que era ao mesmo tempo o mais rico e o mais fraco da Europa, cresciam os grandes Estados nacionais, governados por fortes monarquias guerreiras. Aconteceu aquilo que era inevitável: a Itália, rica, mas desarmada, tornou-se presa dos seus fortes vizinhos. Alguns decênios do século XVI foram suficientes para se dar a catástrofe.” (ROCCO, Alfredo. *Op. cit.*, p. 19).

³¹ “la giurisdizione commerciale passa – la transizione si compie, in Francia, con gli editti di Francesco II e di Carlo IX del 1560 e del 1563 – dalle antiche magistrature mercantili, interne alla corporazione, ai tribunali dello Stato, sebbene concepiti come tribunali speciali, formati da giudici eletti da una assemblea di mercanti, ma nominati dal re e investiti di potere sovrano” (GALGANO, Francesco. *Op. cit.*, p. 72).

³² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 38.

De acordo com Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, a formação dos Estados nacionais fez com que o direito comercial, baseado em costumes e nascido da prática mercantil, ganhasse do próprio Estado soberano sua legitimidade, diante da importância de se dar maior segurança jurídica às relações mercantis como instrumento para o desenvolvimento econômico e preservação dos interesses sociais³³.

Quanto à jurisdição, como dito, ainda que composta por comerciantes, passou-se a aplicar as normas gerais na solução dos conflitos:

la specialità delle giustizia da corti speciali composta da commercianti (...) e la qualifica del soggetto come critério di applicabilità della norma, continua a *contra distinguere* il diritto commerciale, mas anche esso si presenta ormai, pur nella sua specialità, como parte di un diritto generale, disciplinato a volte in grandi ordinanze come quella di Luigi XIV³⁴.

As determinações estatais converteram rapidamente as Corporações em instituições auxiliares do Estado. A classe mercantil cessa de ser artífice do seu próprio direito, passando o direito mercantil por duas transformações: deixa de ser direito de uma classe e passa a ser estatal; deixa de ser universal para ser nacional. Contudo, a perda de poder político da classe mercantil não diminuiu o ritmo de acumulação do capital, passando os comerciantes a gozar de privilégios perante o poder central em razão da influência patrimonial³⁵.

Acerca da convivência dos interesses corporativos e nacionais, Tullio Ascarelli afirma que

Con il compimento del processo formativo delle monarchie centralizzate si apre – a mio avviso – un secondo período della storia del diritto commerciale, il cui inizio possiamo porre sulla fine del secolo XVI. Il diritto commerciale non troverà più la sua fonte nell'autonomia delle corporazioni, ma passerà a far parte del diritto generale; allo sviluppo consuetudinário si accompagnerà quello delle ordinanze dell'autorità regia preoccupata della formazione di un mercato nazionale e gelosa delle autonomie dei vari ordini³⁶.

A desfiguração das corporações de ofício não resultou na desconsideração de seus estatutos. A partir deles, surgiram as compilações promovidas por autores

³³ BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Saggi di Diritto Commerciale**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1955, p. 11.

³⁵ GALGANO, Francesco. *Op. cit.* p. 71-73.

³⁶ ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.*, p. 10-11.

italianos³⁷. Uma tentativa de sistematização estatal do direito mercantil ocorreu na França, a qual, constituída numa sólida monarquia, reuniu as leis sobre a matéria em duas Ordenanças de Luiz XIV: quanto ao comércio terrestre em 1673 e ao marítimo, em 1681³⁸.

Rubens Requião afirma que o Código de Savary, a primeira das Ordenações, fez parte de um período de suave mutação entre o sistema subjetivo puro e o sistema eclético, com acentuada inclinação para o objetivismo, pois possibilitava a extensão das normas comerciais para além dos comerciantes, atingindo qualquer que praticasse ato de natureza comercial³⁹. Verifica-se que nesse período os conflitos e dúvidas acerca da questão jurisdicional ainda estavam presentes.

As Ordenanças foram a base da primeira codificação do direito comercial: o *Code de Commerce* (Código de Napoleão) de 1807. Desse modo, foi com o mercantilismo que se deu o primeiro passo da transição do direito comercial privado baseado em um critério subjetivo de comerciante para o sistema do Código de Napoleão em 1807, baseado em um critério objetivo de definição⁴⁰.

³⁷ “No início da Idade Moderna começaram a surgir os primeiros trabalhos procurando sistematizar o direito comercial. As primeiras tentativas vieram de autores italianos: Benevuto Stracca que, em 1533, elaborou o primeiro Tratado de direito comercial; Sigmondo Scaccia que, em 1618, produziu seu Tratado sobre comércio e câmbio; Rafaele de Turri que, em 1614, editou outra obra sobre direito cambiário, seguindo-se os trabalhos de Giuseppe de Maria de Casarregis, Giovanni Batista de Luca, Ansaldo de Ansaldo e Francesco Rocco, considerados os precursores do estudo científico do direito comercial”. (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Op. cit.*, p. 45.)

³⁸ VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 21-22.

³⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ “já à vista do diverso caráter da autonomia do direito comercial foi-se então passando pouco a pouco (embora de início de modo indireto e quase hipócrita, como através da presunção da qualidade de comerciante *quo ad actum* dos que efetuassem um ato de comércio isolado, o que, por seu turno, se prendeu ao desejo da *noblesse* de praticar atos de comércio sem ser comerciante) do anterior sistema subjetivo a um sistema objetivo, o qual triunfou definitivamente no código napoleônico, ou seja, à aplicação das regras comerciais a qualquer ato mercantil independentemente da pessoa do agente e, portanto, também aos atos realizados por quem não fosse comerciante.” (ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.*, p. 13-14)

1.3 O CÓDIGO NAPOLEÔNICO: A OBJETIVAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL E OS TRIBUNAIS DO COMÉRCIO

A Revolução Francesa e a produção legislativa decorrente foi um marco para o direito comercial. Embora o caráter de ramo emanado por uma classe específica da sociedade tenha sido enfraquecido com a formação dos Estados Nacionais, as corporações de ofício ainda existiam e gozavam de influência. Os comerciantes tinham assento nos tribunais e seus estatutos foram a base para as normas estatais que passaram a tratar do comércio. Entretanto, o dado mais importante acerca do caráter personalíssimo do *ius mercatorum* foi mantido: a reserva de aplicação das normas especiais aos comerciantes.

Entretanto, esse privilégio jurisdicional de vincular o magistrado à aplicação de normas especiais em razão da atividade desenvolvida pelo litigante não se coadunava mais com os ideais da tão propalados Revolução Francesa: *liberté, égalité e fraternité*.

A influência e consequência prática de tal ideário para o direito comercial foi a adoção, pelo Código Napoleônico de 1807 (*Code de Commerce*), de um conceito objetivo para definir quem estava sujeito às normas comerciais, estruturando-se a chamada teoria dos atos de comércio. Desse modo, os legisladores colocaram-se a serviço dos ideais da Revolução Francesa, de igualdade de todos perante a lei, de forma que foi dirimido o privilégio de classe⁴¹. Outrossim, o Código do Comércio Francês trouxe uma nova sistematização à matéria mercantil, diferente daquela dada pelo *Code Savary*⁴².

Afirmar que a categoria dos “atos de comércio” mudou o paradigma do direito comercial precedente significa dizer que essa foi a solução encontrada para que o comerciante fosse identificado pela atividade desenvolvida e não mais por uma qualidade pessoal, intrínseca ou extrínseca, baseada essencialmente na inscrição ou por

⁴¹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 12.

⁴² “L’innovation du Code, au regard de l’héritage du ‘Code Savary’ consistait à y introduire la matière des “transactions commerciales”, les bourses et les foires (et pas seulement la réglementation concernant les courtiers et agents de commerce), à développer le droit de la défaillance (“suspensions, faillites et banqueroutes”), à insérer les lois criminelles sur le commerce à la suite de la réglementation des tribunaux de commerce.” (DELPLANQUE, Catherine. **Le Code de commerce de 1807**, in <http://www.afhj.fr/ressources/Origine%20du%20Code%20de%20commerce-Delplanque.pdf>, site visitado em 19 de janeiro de 2011).

compor os quadros das corporações de ofício. A definição, contudo, do que fossem atos de comércio nunca encontrou uma unanimidade entre os autores. Os conceitos variavam de acordo com as impressões pessoais de cada doutrinador e, não raras vezes, a definição legal era a base para abordagem do tema. Assim, ao invés da adoção do método dedutivo-conceitual para a positivação na lei, a definição dos atos de comércio passou a ser feita de forma empírica na norma e então sistematizada pelos autores de forma indutiva.

Do ponto de vista conceitual, Georges Ripert define os atos de comércio como “certains actes juridiques qui sont dits *commerciaux par leur nature*, sans qu’il soit nécessaire de considérer ceux qui les accomplissent; bien mieux, cest par la conclusion habituelle de ces actes que sont caractérisés les commerçants”⁴³.

Cesare Vivante⁴⁴ discorre sobre os atos de comércio, afirmando que se destinam a reunir as provisões nos lugares em que são necessárias, na qualidade e quantidade precisas, em tempo adequado. O autor faz a análise, então, a partir do Código Italiano de 1882, que foi fortemente influenciado pelo Código Francês de 1807. Comenta os artigos 3º e 4º que dividem os atos em objetivos e subjetivos. Antes, porém, esclarece que a importância em identificar um ato como sendo comercial ou não é de que, em primeiro lugar, permite saber qual lei ou uso comercial é possível aplicar em preferência ao direito civil; em segundo lugar, para se determinar se certa pessoa é comerciante ou não; em terceiro lugar, para se saber se os atos foram praticados por quem tem capacidade de dispor de suas coisas.

Voltando à classificação, afirma que objetivos são os atos do comércio em razão de sua natureza, e não da pessoa que os pratica. Podem ser classificados em cinco grupos: negócios sobre mercadorias; negócios sobre crédito; negócios sobre trabalho; negócios sobre risco; e negócios marítimos.

Ao primeiro grupo, está relacionado o tradicional contrato de compra e venda que pode incidir sobre bens em si ou mesmo quotas ou ações de sociedades. As operações bancárias são espécies dos negócios sobre crédito, englobando a negociação de títulos e os contratos de câmbio. O terceiro grupo – negócios sobre o trabalho – que são aqueles exercidos por empresas que coordenam a força de produção humana,

⁴³ RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de Droit Commercial**, vol. I, 9ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, p. 182.

⁴⁴ VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 37-46.

mecânica e animal, a fim de transformar as matérias primas em novos produtos, com o risco de que a produção não alcance uma compensação adequada. Neste grupo ainda estão empresas que não necessariamente transformam coisas, mas também prestam serviços, como de transporte e de agenciamentos. Vê-se aqui uma ideia embrionária de empresa que viria assumir o papel principal da teoria comercial com o código italiano de 1942. Os negócios sobre risco estão ligados ao conceito de recolhimento de pequena cota de várias pessoas para diluir entre elas o efeito da má sorte. Trata-se de seguros, incluídas ainda as operações de loteria. Por fim, tudo aquilo que diz respeito à navegação, pertence à matéria comercial dos negócios marítimos. No artigo 4º estão conceituados os atos subjetivos de comércio. A lei atribui essa qualidade aos atos praticados pelo comerciante. Estão atrelados a uma presunção de comercialidade pela qualidade do seu exercente, admitindo-se prova em contrário.

Para dirimir a questão acerca da natureza do ato, quando uma das partes exerce atividade comercial e outra não, Cesare Vivante afirma que o artigo 54 do Código Italiano de 1882 estendeu a aplicação da legislação comercial a todos os integrantes da relação, naquilo que chama de atos de comércio em relação a uma só das partes.

A abordagem a partir do direito posto também foi feita por José Xavier Carvalho de Mendonça⁴⁵, o qual, interpretando as leis comerciais então vigentes no Brasil, perfilhadas que estavam com a teoria francesa, classificou os atos de comércio em três classes. Na primeira estavam os atos de indústria, os quais, desenvolvidos com habitualidade, investiriam o praticante da qualidade de comerciante. No segundo grupo, estavam os atos, cujo objetivo fosse facilitar, promover ou realizar o exercício da indústria, ou seja, atos realizados para ou em razão do comércio. Por fim, o terceiro grupo abrangia os atos artificialmente comerciais; aqueles que atendessem determinada forma prevista ou lei ou considerados como tal por conveniência do legislador. Assim, surgiu a clássica nomenclatura: atos de comércio por natureza ou profissionais; atos de comércio por dependência ou conexão; atos de comércio por força ou autoridade da lei.

A elaboração empírica do rol de atos de comércio obviamente não trouxe cientificidade para a teoria, razão pela qual a falta de sistematização fez com que as críticas ao método fossem ferozes. Comentando a sistemática adotada pelos Códigos

⁴⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. *Op. cit.*, p. 473.

Comerciais que seguiram o modelo sugerido pelos franceses em 1807, Ruy de Souza afirma que “fazem verdadeira salada de critérios, para fornecer um caráter misto e extravagante ao sistema do Direito. Sendo a elaboração conceitual do ato de comércio um critério da lei, os Códigos não souberam, por outro lado, criar uma sistemática rígida, ou tão rigorosa quanto seria de se desejar, a fim de evitar a confusão com os atos jurídicos de igual natureza”⁴⁶.

Do ponto de vista científico, a teoria dos atos de comércio realmente carecia de melhor sistematização. Contudo, empiricamente ela cumpria sua finalidade que, embora não única, era uma das principais: delimitar a competência dos então criados Tribunais do Comércio e permitir o acesso de todos, não pela qualidade pessoal, mas sim pela prática de um ato definido em lei.

Em 1791, a Lei *Le Chapelier* extinguiu as Corporações de Ofício, as quais ainda tinham atuação jurisdicional na França. Porém, em sua substituição, o Código de 1807 criou os Tribunais do Comércio, sendo submetidas à sua jurisdição todas as controvérsias nas quais se verificasse a presença de um ato de comércio⁴⁷.

Interessante destacar o pensamento de Amalia D. Kessler, para quem estes Tribunais do Comércio contavam com a mesma estrutura das cortes mercantis do Antigo Regime inseridas no novo contexto pós-revolucionário: “renamed and very modestly reconfigured, the Old Regime Merchant courts survived the Revolution’s overhaul of the judiciary – and then, remarkably, survived the Revolution as well.”⁴⁸

Prosseguindo, de acordo com Francesco Galgano, o Código do Comércio francês definia os atos de comércio para dois efeitos: em primeiro lugar, para atribuir ao “profissional habitual” a qualidade de comerciante, que era o pressuposto para aplicação daquela norma, por exemplo, sobre a matéria de livros do comércio, sobre falência em caso de insolvência, etc.; em segundo lugar, para reservar a jurisdição sobre atos de comércio – e este efeito se estenderia a qualquer um, mesmo que não comerciante – desempenhada pelos Tribunais do Comércio⁴⁹.

Quanto a este aspecto, explana Giuseppe Ferri, apontando a adoção do mesmo critério na Itália, com o Código de 1882:

⁴⁶ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p. 132.

⁴⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 44-45.

⁴⁸ KESSLER, Amalia D. *Op. cit.* p. 2.

⁴⁹ GALGANO, Francesco. *Op. cit.* p. 95-96.

Alla nozione di commerciante si è aggiunta, assumendo preminente rilievo, la nozione di atto di commercio, ma sono rimasti notevoli residui del periodo precedente, primo tra tutti quello di una speciale giurisdizione per le controversie commerciali, i tribunali di commercio. Anche nel codice Napoleone l'ambito del diritto commerciale è in funzione della giurisdizione commerciale (ciò risulta espressamente dall'art. 631) con la differenza però che la competenza dei tribunali di commercio si determina non più soltanto in funzione del commerciante, iscritto o non iscritto o reputato tale, ma in funzione dell'atto di commercio. L'origine classista del diritto commerciale fa sentire tuttora la sua influenza attraverso il permanere della giurisdizione commerciale, la quale rimane pur sempre emanazione del ceto mercantile. Soltanto nel codice di commercio italiano del 1882, l'aspetto classista del diritto commerciale è, si può dire, scomparso. Sono rimasti bensì i Tribunali di commercio - che saranno però soppresso subito dopo con la legge 25 gennaio 1888 n. 5174 - ma la nozione di atto di commercio e l'ambito del diritto commerciale non si è posta più in funzione della sola questione di competenza: l'atto di commercio ha assunto un rilievo sostanziale oltre che processuale⁵⁰.

Portanto, o ato de comércio foi separado da profissão⁵¹ e com isso foi definida a competência do órgão jurisdicional específico⁵², caracterizando o período objetivo do direito comercial.

Em razão da especialidade da matéria, os Tribunais do Comércio continuaram a ser compostos por comerciantes. O particularismo jurídico do Código Napoleônico se manifestava na jurisdição, isso porque os membros dos Tribunais do Comércio eram eleitos em uma assembleia composta por comerciantes notáveis,

⁵⁰ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1950, p.7.

⁵¹ “L’innovazione essenziale aveva portato il codice di commercio a dare significato preponderante all’atto di commercio, isolato e separato dalla professione, dalla qualità di commerciante o dall’organismo di impresa. Ma l’isolamento dell’atto di commercio non era tanto una esigenza assoluta del código, che, infatti, non ne faceva, come assai più tardi fece il código italiano, base assoluta del sistema detto oggettivo. Era a proposito della giurisdizione commerciale, allo scopo di fissare praticamente, in difetto di organi categorici quale il registro di commercio, la qualità commerciale dei diritti e delle obbligazioni in giudizio, che si enumeravano gli atti del commercio. Il commerciante era tuttavia in prima línea sul tipo originário, nel sistema. La professione dava una qualifica giuridica alla persona ed ai suoi atti.” MOSSA, Lorenzo. **Trattato del nuovo Diritto Commerciale**, vol. I. Milão: Società Editrice Libreria, 1942, p. 11.

⁵² Neste mesmo sentido: “Suprimido el régimen gremial o corporativo, el Código de Comercio francés delimita la competencia de los tribunales de comercio con arreglo al sistema objetivo. Estos tribunales decidirán en lo sucesivo sobre las discusiones en orden a los ‘actos de comercio’, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y sin necesidad de acudir a la ficción de presumir la condición de comerciante en quien no lo sea. En atención preferente a los artículos 631, 632 y 633 del Código de Comercio relativos a ‘los actos de comercio entre toda clase de personas’, la doctrina francesa posterior convertirá el acto de comercio no solo en una técnica para delimitar la competencia de los tribunales de comercio, sino para ser utilizado en la delimitación de la ‘materia mercantil’, construyendo un Derecho privado especial que encuentra en el ‘acto de comercio’ objetivamente considerado la justificación de su existencia y de su autonomía.” (URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio. Op. cit., p. 32.)

componentes mais antigos, probos e com grande senso de ordem e economia dentre aqueles de sua classe, como exigia a própria lei⁵³.

Georges Ripert destaca as qualidades dessa jurisdição especializada, especialmente o fato de que seus julgamentos são proferidos por magistrados afetos aos temas comerciais:

L'institution d'une juridiction commerciale composée de juges commerçants élus, se défend par de bons arguments: connaissance technique des affaires par les juges, spirit commercial d'équité, autorité due à la confiance, importance des problèmes économiques et sociaux dans les procédures collectives de liquidation ou de redressement des entreprises. Une procédure plus simple et plus rapide que la procédure civile, une représentation en justice plus facile sont appréciés des justiciables. Enfin le service désintéressé que les commerçants rendent à l'État en collaborant à la justice doit être apprécié dans un pays surchargé de fonctionnaires et qui a de la peine à recruter des magistrats. En fait, les jugements des tribunaux de commerce ne font pas l'objet de réformations plus nombreuses que ceux des tribunaux civils, ce qui démontre la science et la conscience des juges⁵⁴.

Conforme Tullio Ascarelli, a divisão jurisdicional e a divisão dentro do direito privado – em civil e comercial – era uma realidade da época e peculiar aos sistemas romanísticos que se foram constituindo na Europa continental sobre a base dos textos romanos transformados, o que também foi visto nos sistemas da América Latina que derivaram dos primeiros⁵⁵.

Os Tribunais do Comércio continuam a existir na França e seus juízes continuam a ser empresários eleitos por um Colégio Eleitoral composto por delegados consulares. A competência material dos Tribunais do Comércio franceses está delimitada nos artigos L721-3 e L721-4 do Código do Comércio⁵⁶.

⁵³ GALGANO, Francesco. *Op. cit.* p. 96.

⁵⁴ RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.*, p. 4

⁵⁶ Article L721-3

Les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ;

2° De celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.

Article L721-4

Le tribunal de commerce connaît des billets à ordre portant en même temps des signatures de commerçants et de non-commerçants.

Toutefois, il est tenu de renvoyer au tribunal de grande instance s'il en est requis par le défendeur lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures de non-commerçants et n'ont pas pour

Outrossim, o *Code de Commerce* permanece adotando a teoria dos atos de comércio para definir o acesso e competência aos Tribunais do Comércio, conforme se vê dos artigos L110-1 e L 110-2⁵⁷.

1.4 A TEORIA DA EMPRESA: SUPERAÇÃO DA QUESTÃO JURISDICIONAL

Uma nova quebra de paradigma, dessa vez pelo conflito entre o direito privado – agora sob um contexto capitalista mais maduro – e o inédito *direito social*⁵⁸ que se desenvolvia especialmente na Itália, mas não apenas lá, fez com que fosse

occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. (Code de Commerce. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000020869758&idSectionTA=LEGISCTA000006133171&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20100104>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁵⁷ Article L110-1

La loi répute actes de commerce :

1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre;

2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux;

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;

4° Toute entreprise de location de meubles ;

5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;

6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

7° Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement ;

8° Toutes les opérations de banques publiques ;

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

10° Entre toutes personnes, les lettres de change.

Article L110-2 En savoir plus sur cet article...

La loi répute pareillement actes de commerce :

1° Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ;

2° Toutes expéditions maritimes ;

3° Tout achat et vente d'agrès, appareils et avitaillements ;

4° Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ;

5° Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer;

6° Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ;

7° Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce. (Code de Commerce. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000020869758&idSectionTA=LEGISCTA000006133171&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20100104>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁵⁸ Expressão de Lorenzo Mossa.

delineada a chamada teoria da empresa, que veio a substituir a matriz dos atos de comércio em grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais.

Tullio Ascarelli afirma que os momentos históricos das teorias são distintos, o que impossibilita até mesmo uma comparação entre elas. A teoria dos atos de comércio, estabelecida no Código Napoleônico, é substancialmente anterior ao desenvolvimento industrial – anterior à primeira locomotiva, aos grandes fornos a gás, à indústria elétrica, automobilística, ao cinematógrafo e à máquina de escrever. Para ele, a teoria da empresa, cujos primeiros contornos são do final do século XIX, foi resultado e influência do intervencionismo e dirigismo da época, cuja preocupação agora era a concorrência, a livre iniciativa e acesso ao mercado, a proteção aos bens imateriais e o interesse social⁵⁹. Para o autor, o conceito de empresário, diferentemente do de comerciante, estava estritamente relacionado à intervenção estatal sobre os rumos da economia: “la nozione di imprenditore torna a rivelarsi come uno strumento pel controllo pubblicistico dell’attività econômica.”⁶⁰

De fato, o que ocorria no final do século XIX era a mudança social e a forma como o Estado passou a conduzir as questões econômicas. Evaristo de Moraes Filho elenca os fatores da transformação que acabou por gerar a mudança do paradigma na matéria comercial:

Dois fatos caracterizam bem a nova concepção do direito nos fins do século passado e, principalmente, durante a primeira metade do atual: o advento do direito coletivo e a intervenção do Estado no domínio da liberdade contratual (e de contratar), abrindo um sem-número de exceções ao princípio da autonomia da vontade, um dos pilares da ordem civil liberal, como vimos em seu lugar próprio. Quando expusemos o princípio da autonomia da vontade, deixamos bem claro que o Cód. Civil de 1804, como todos os demais nele inspirados, não deixou de consignar logo de início, como regra geral, que os indivíduos tinham liberdade de realizar todas as espécies de negócios entre si, desde que não violassem a ordem pública e os bons costumes. Mas é bem verdade que, dadas as necessidades sociais da nova vida que se impunha e a natureza do regime recém-implantado, poucos se deram conta da existência de tal dispositivo.⁶¹

Lorenzo Mossa discorre sobre a tensão havida no final do século XIX entre o direito comercial e o crescente interesse social, que se afirmava na questão da

⁵⁹ ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.*, p. 22-24.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 25.

⁶¹ MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa**, vol. I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960, p. 308-309.

responsabilidade social da empresa e na lei de proteção social para o trabalho na indústria. O direito comercial de então, contextualizado, passa a estar relacionado às relações do trabalho e ao direito da indústria. O direito empresarial, ou da empresa, é a evolução dessa interação entre o direito comercial individualista e o programa social então vigentes⁶².

Os contornos jurídicos da empresa levavam em consideração o reconhecimento desse organismo de natureza econômica sendo que alguns de seus aspectos importavam ao Direito e exigiam sua regulação. Assim, a empresa, como fenômeno econômico, exigia um tratamento jurídico para questões como a regulação da atividade do empresário. Por exemplo, a necessidade ou não de registro e autorizações para determinadas situações particulares de produção. Em segundo lugar, por ser a concreção da ideia criativa do empresário, há necessidade de tratamento da concorrência desleal e da proteção à propriedade industrial. Em terceiro lugar, a regulamentação acerca da transferência de titularidade da *azienda* como pressuposto da atividade e a consequência para a continuidade da produção. Por fim, um tratamento jurídico acerca da relação com os sujeitos dependentes da atividade, em especial, os trabalhadores⁶³. Assim, delineava-se a teoria com base na atividade e não mais com foco no agente.

Alberto Asquini⁶⁴ definiu o fenômeno da empresa no momento em que mais se discutia sobre o tema em meio aos preparativos para a promulgação do Código Comercial Italiano. O autor afirma que a empresa é um fenômeno poliédrico, que teria, no aspecto jurídico, quatro diversos perfis: o perfil subjetivo (a empresa como empresário); o perfil funcional (a empresa como atividade empresarial); o perfil objetivo (a empresa como estabelecimento); e o perfil corporativo (a empresa como instituição). Alberto Asquini identificou o perfil subjetivo com a figura do empresário, a pessoa que exercia a atividade. Esta, por sua vez, representaria o perfil funcional, ou seja, a força em movimento para se atingir determinada finalidade. O perfil patrimonial estaria identificado pelo estabelecimento, ou o conjunto de bens destinados para o exercício da atividade. O último perfil, o corporativo, estaria relacionado à organização

⁶² MOSSA, Lorenzo. *Op. cit.*, p. 40-44.

⁶³ FERRI, Giuseppe. *Op. cit.*, p.23-24.

⁶⁴ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-126. out/dez 1996.

de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores, que somados representariam um núcleo social organizado em função da finalidade econômica comum.

Giuseppe Ferri, outrossim, identifica três características fundamentais da empresa. Em primeiro lugar, é uma atividade econômica, razão pela qual, afirma, mesmo que a atividade seja profissional e desenvolvida em uma estrutura organizada, não há empresário e, por consequência, empresa. Cita como exemplo o médico e o advogado, entendendo que desenvolvem atividades não econômicas, mas intelectuais. Em segundo lugar, a empresa é uma atividade profissional; portanto, uma atividade isolada, ainda que para tal atuação exija uma organização de capital e trabalho, não é profissional, citando como exemplo um espetáculo público ou uma operação comercial em conjunto, o que não serviria para caracterizar uma sociedade em nome coletivo. A empresa, como terceiro elemento, é atividade organizada ou de organização. Para efeitos jurídicos, segundo o autor, há necessidade de que tal organização assuma determinada complexidade. Por isso, explica que no direito italiano a *piccola impresa* está fora da noção de empresa e a ela não são aplicados os mesmos princípios aplicáveis à empresa, justamente porque a organização não é o elemento primordial do pequeno empresário, o qual desenvolve a atividade com o próprio trabalho, enquanto a empresa propriamente dita é caracterizada pela organização do trabalho feita pelo empresário⁶⁵.

Ruy de Souza⁶⁶, ressaltando a difícil tarefa de identificar a empresa em uma concepção jurídica – sem olvidar que a *empresa* é também e talvez antes um fenômeno econômico – sugere os seguintes elementos distintivos: a empresa é uma instituição jurídica; é uma instituição jurídica não personalizada; caracteriza-se a instituição pela organização de uma atividade econômica; a organização deverá ter, pelo menos, certa permanência; a organização deverá ter autonomia administrativa; a atividade econômica destinar-se-á à produção para o mercado; a produção será tanto de bens como de serviços; a atividade econômica destinar-se-á, também, à intermediação dos bens ou de serviços no circuito econômico; a organização porá em funcionamento um fundo de comércio, a que se liga; a *azienda* é acionada, para os fins da empresa, através de um empresário, que é ente personalizado, cuja missão é representar juridicamente a empresa no mundo dos negócios; o empresário poderá ser individual ou revestir a forma coletiva, societária; os atos do empresário são praticados repetidamente, em série orgânica; os

⁶⁵ FERRI, Giuseppe. *Op. cit.*, p.28-31.

⁶⁶ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p.300-304.

atos do empresário serão sempre comerciais. O autor deixa propositalmente de fora dos elementos definidores a ideia de lucro, o que, segundo ele, limitaria a abrangência da sua proposta⁶⁷.

Entretanto, o desenvolvimento da teoria da empresa, segundo Ruy de Souza, não encontra motivadores apenas entre os autoritários – usando como exemplo o Código Italiano de 1942 –, mas também entre os liberais⁶⁸. Entre estes, nos rumos liberais⁶⁹, o autor afirma estarem aqueles que delineiam um Direito capitalista, ou Direito das instituições capitalistas, que seria o direito de uma classe social e objetivamente como Direito das instituições específicas do regime capitalista. Verifica-se principalmente nos estudos econômicos norte-americanos, com grande ênfase para os adeptos da Escola de Chicago.

De acordo com Paula Andrea Forgioni, em meados da década de 1950, a noção de intermediação vai perdendo força como núcleo do direito comercial, passando a ganhar força o conceito de *empresa*, como reflexo da atividade de organização dos fatores de produção. O empresário deixa de ser uma espécie de comerciante para ser o gênero, do qual passa a fazer parte o comerciante⁷⁰.

A autora destaca que o conceito de empresa é mais antigo do que se costuma crer, estando identificado já no Código Francês (*enterprise*)⁷¹.

⁶⁷ “Não nos parece que o fim especulativo possa ser fornecido como requisito essencial da empresa, com o preciso caráter de universalidade que a esta se deverá emprestar no Direito das empresas. O fim de lucro, que no dizer, de Van Ryn tornou-se secundário na empresa moderna, afastaria do conceito unitário, se neste se integrasse, pelos menos, as empresas de caráter público e as cooperativas. Ora, toda a concepção do Direito das empresas funda-se, neste trabalho, em fórmulas neutras e universais, que transcendem às organizações econômicas ou políticas, para se poderem realizar, de modo hábil, seja no capitalismo, seja no dirigismo, ou no coletivismo, ou no regime de verdadeira liberdade econômica. O fim de lucro, se integrado como elemento essencial da concepção, importaria em estabelecer limites para o arrolamento das empresas, de todas as empresas, no Direito que se elabora.” (SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p. 304-305.)

⁶⁸ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.*, p. 169-170.

⁶⁹ “O panorama da recepção doutrinária da teoria da empresa no Brasil restaria incompleto sem observar que, antes dos anos 1970, não se verificava grande influência dos autores norte-americanos que, a partir dos anos 1930, já haviam trazido a empresa para o centro das discussões econômicas. Em 1932, Berle e Means publicam *The modern corporation and private property*, comprovando, na economia americana, a separação entre a titularidade das ações e o poder que delas deriva, como relataremos mais adiante. Cinco anos mais tarde, Coase divulga o artigo *The nature of the firm*, reagindo à teoria econômica tradicional, a qual acreditava que ‘the direction of resources is dependent directly on the price mechanism’, como se não houvesse empresas e o funcionamento do sistema econômico pudesse prescindir de *islands of conscious power*. A partir da identificação dos ‘custos de transação’, o autor explica a razão da existência das empresas (que chama de ‘firmas’).” (FORGIONI, Paula Andrea. *Op. cit.*, p. 66.)

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 58.

⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 43.

Por sua vez, Giuseppe Ferri destaca que a empresa era considerada um ato de comércio no Código Comercial italiano de 1882. Contudo, não era considerada como um organismo econômico, mas sim como um ato de intermediação com escopo especulativo⁷².

Da mesma forma ocorreu no Brasil. O Decreto 737 de 1850, em seu artigo 19, parágrafo terceiro, considerava como mercancia as empresas de fábricas, de comissões, de expedição, de depósito, de expedição, consignação e transporte e de espetáculos públicos. Analisando o dado positivo e após promover a revisão da doutrina, Waldemar Ferreira aponta três elementos constitutivos da empresa: em primeiro lugar, a organização dos fatos da produção, ou seja, a natureza, o capital e o trabalho; a realização de negócios mercantis, de forma que a empresa era a intermediária entre a produção e o consumidor; e, por fim, a inerência do risco técnico e econômico das operações⁷³.

Acerca da contraditória união que resultou na teoria da empresa, Paula Andrea Forgioni menciona o fato de que Waldemar Ferreira, apesar de notoriamente liberal e conhecido por muitos como defensor da teoria da empresa no país, muitas vezes se apresentou como crítico da doutrina, justamente porque em muitos momentos se identificava com o fascismo⁷⁴, conforme positivada no *Codice Civile* de 1942⁷⁵. A autora destaca que na ordem italiana fascista “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”⁷⁶.

Em seu trabalho monográfico, Ruy de Souza desconsiderou a controversa origem da teoria da empresa no direito italiano, inclusive porque escrito em 1958, quase uma década depois do final simbólico do polêmico regime, com a execução de Benito

⁷² FERRI, Giuseppe. *Op. cit.*, p.27.

⁷³ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 365-366.

⁷⁴ “em todas essas novas incursões doutrinárias, dá-se pouco destaque ao fato de que a disciplina da empresa fora introduzida na Itália para viabilizar a condução da economia pelo Estado, encarando-a como ente organizador, gerador de riquezas.” (FORGIONI, Paula Andrea. *Op. cit.*, p. 59.)

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 57.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 68.

Mussolini, tendo decorrido tempo suficiente para a depuração ideológica⁷⁷, e passou a adotar plenamente a teoria.

A origem da teoria da empresa não indica que seu desenvolvimento tenha sido em razão de aspectos pragmáticos da atividade do comerciante, pelo contrário, antes objetivou a legitimação da intervenção estatal na liberdade de atuação do empresário. Nesse sentido, a questão jurisdicional nunca tocou aos teóricos da empresa, inclusive, porque a Itália contava com uma jurisdição privada unificada.

Assim, se nos momentos anteriores a questão jurisdicional era um dos temas em pauta para o direito comercial, o problema jurisdicional foi silenciosamente sepultado e sequer analisado pelos defensores da teoria da empresa. A preocupação era outra: relacionar de forma harmônica os interesses particulares do empresário com os interesses públicos do mercado e os interesses sociais dos trabalhadores, de modo que não havia conjuntura histórica para se discutir uma jurisdição especializada. Afinal, o debate era tenso em torno da liberdade de iniciativa, da proteção aos empregados, do acesso dos pequenos empresários ao mercado em razão do crescimento das grandes corporações, do interesse do consumidor, como se poderia defender o privilégio de uma jurisdição própria para o empresário? Aliás, a ideia de unificação do direito privado, sem tratamentos de distinção, motivou a ruptura da dicotomia entre direito civil e comercial, o que foi levado a efeito com o Código Civil Italiano de 1942.

As influências italianas e da teoria da empresa trouxeram alterações ao direito comercial brasileiro. A atividade empresarial passou a ser diretamente relacionada ao contexto econômico e social. Por exemplo, a lei federal que trata das sociedades anônimas, nº 6.404/76, passou a prever a obrigação de o administrador exercer as suas atribuições, respeitando as exigências do bem público e da função social da empresa. Válido ainda é destacar as palavras de Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, que apontam a influência da teoria sobre a legislação consumerista brasileira, bem como para o sistema de registro público das empresas mercantis e atividades afins, em que se possibilita o registro das firmas individuais e das sociedades mercantis independentemente de seu objeto⁷⁸.

⁷⁷ “Após a Segunda Guerra, com o diploma de 1942 diante de si, a doutrina italiana esforça-se para esterilizar o conceito de empresa, libertando-o de qualquer ligação com a política intervencionista dos fascistas.” (FORGIONI, Paula Andrea. *Op. cit.*, p. 79)

⁷⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.* p. 31.

O Código Civil de 2002 unificou o direito privado brasileiro, revogando em parte o Código Comercial, sendo que a matéria contratual passou a ser regida de forma uniforme para empresários e não empresários. Adotou-se, ainda, o conceito de empresa e empresário. Ainda, vale ser citada a Lei de Falências de 2005, que criou a recuperação judicial, cujo principal objetivo é a preservação da empresa e de sua função social.

Se em termos de principiologia, o direito comercial brasileiro foi fortemente influenciado pelo italiano, quanto ao tratamento da jurisdição comercial, ocorreu o mesmo, ou seja, a matéria restou sepultada. Contudo, após a consolidação do sistema político e social na Itália, a organização econômica indicou a necessidade de especialização para os conflitos empresariais. Nesse contexto – embora não se trate de uma jurisdição especial –, por meio do Decreto Legislativo nº 168 de 27 de junho de 2003 a Itália instituiu uma seção especializada em matéria de propriedade industrial e intelectual, sobre questões de concorrência, bem como sobre conflitos societários em sociedade por ações, em comandita por ações e de responsabilidade limitada, envolvendo acordo de acionistas, ações de responsabilidade contra controladores, dentre outras matérias, conforme se verifica do artigo 3º da norma⁷⁹.

⁷⁹ Art. 3 - Competenza per materia delle sezioni specializzate).

1. Le sezioni specializzate sono competenti in materia di:

- a) controversie di cui all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni;
- b) controversie in materia di diritto d'autore;
- c) controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- d) controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea.

2. Le sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per Le cause e i procedimenti:

- a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi. Nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli articoli 2445, terzo comma, 2482, secondo comma, 2447-quater, secondo comma, 2487-ter, secondo comma, 2503, secondo comma, 2503-bis, primo comma, e 2506-ter del codice civile;
- b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall'articolo 2341-bis del codice civile;
- d) aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che Le controllano;

Essa inovação no sistema jurídico italiano passou em branco no Brasil, não obstante a matriz do direito empresarial daqui, como visto, seja praticamente idêntica à da Itália.

Neste contexto, esta tese tem por um de seus objetivos a propositura e análise de uma jurisdição especializada que, para todos os efeitos, não é um fenômeno inédito no Brasil: a seguir, tratar-se-á da experiência dos Tribunais do Comércio que existiram até 1875.

1.5 O DIREITO COMERCIAL NO BRASIL: A EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DO COMÉRCIO

É unânime entre os comercialistas que o Direito Comercial brasileiro teve início com a *Lei de Abertura dos Portos*, de 1808, em razão da atuação de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, em convencer o Príncipe Regente acerca da necessidade da medida⁸⁰.

Conforme explana Celso Furtado,

A repercussão no Brasil dos acontecimentos políticos da Europa de fins do século XVIII e começo do seguinte, se por um lado acelerou a evolução política do país, por outro contribuiu para prolongar a etapa de dificuldades econômicas que se iniciara com a decadência do ouro. Ocupado o reino português pelas tropas francesas, desapareceu o entreposto que representava Lisboa para o comércio da colônia, tornando-se indispensável o contato direto desta com os mercados ainda acessíveis. A 'abertura dos portos' decretada ainda em 1808 resultava de uma imposição dos acontecimentos⁸¹.

e) relativi a rapporti di cui all'articolo 2359, primo comma, numero 3), all'articolo 2497-septies e all'articolo 2545-septies del codice civile;

f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario.

3. Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2). Decreto legislativo n° 168/2003. Disponível em <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-07-11&atto.codiceRedazionale=003G0192¤tPage=1>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁸⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.*, p. 57.

⁸¹ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**, 32ª edição, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p. 99.

Seguiu-se ao ato de abertura dos portos, o Alvará de 1º de abril do mesmo, o qual permitiu o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas, e do Alvará de 23 de agosto de 1808, que determinou a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação⁸².

José Xavier Carvalho de Mendonça afirma que “este tribunal, pelo Alvará de 15 de julho de 1809, foi dotado de recursos próprios para pagamento de seus deputados (assim se chamavam os seus membros) e funcionários”⁸³.

Até então, não havia propriamente um tribunal para conhecer das questões comerciais na Colônia, embora fosse comum a existência de um ente jurisdicional especializado nos países europeus.

José da Silva Lisboa destaca esse fato como sendo uma preocupação de se promover

O bem da Industria, e Trafico do respectivo Paiz, em todas as relações com a economia interior da Nação, sua Agricultura, Manufacturas, e Navegação, mas também para julgarem das causas mercantis entre Commerciantes, e por contractos derivados de operações de seu Commercio⁸⁴.

Destaca o Visconde de Cairu que tal especialização se devia à necessidade da mais pura boa-fé, equidade e prontidão nos despachos, que se exige em causas mercantis e marítimas, porque os comerciantes e navegantes não podiam se embaraçar com litígios, discussões e formalidade longas e tediosas, que era a praxe nos auditórios das Justiças Ordinárias, sendo ainda necessário haver Magistrados versados no ramo específico do comércio e nos usos aprovados pelos consenso universal dos povos cultos⁸⁵.

A Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação foi a primeira instituição jurisdicional comercial do Brasil, ainda na fase não independente. A origem da Junta do Comércio data de 1755 em Portugal, tendo surgido em substituição à *Mesa dos Homens de Negócio* ou *Mesa do Bem Comum*, que era uma corporação de comerciantes reconhecida e que segundo a Coroa atendia aos interesses próprios, motivo pelo qual em seu lugar foi instituída a Junta, com o objetivo de relativizar a

⁸² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. *Op. cit.*, p. 83.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 83.

⁸⁴ LISBOA, José da Silva. **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**, tratado VII, Lisboa: Imprensa Régia, 1819, p. 785.

⁸⁵ LISBOA, José da Silva. *Op. cit.*, p. 785.

autonomia corporativa dos comerciantes, sendo que tal estrutura passava a integrar a máquina da monarquia⁸⁶.

Assevera José Reinaldo de Lima Lopes que a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação deu início à jurisdição mercantil no país. Esse órgão, com caráter jurisdicional, era presidido pelo Juiz Conservador, que acumulou até 1810 a jurisdição contenciosa geral sobre comerciantes matriculados, devassas e reabilitações de falidos. Nas capitanias-províncias continuaram a exercer tais funções as *mesas de inspeção*, de modo que esse órgão especializado tinha atuação apenas na praça do Rio de Janeiro⁸⁷.

André Javier Ferreira Payar explana sobre as razões da criação de tal órgão com poder jurisdicional especializado:

O órgão fora instituído para que entendesse de todas as matérias relativas às atividades econômicas que chegassem a compor seu nome, e invariavelmente viria resultar em ‘grandes utilidades em benefício comum dos meus fiéis vassallos [dos de D. João] habitantes deste vasto e feliz continente’, ou porque os negociantes contariam com um tribunal específico para o tratamento de suas contendas, que, como se esperava, deveriam ser apreciadas por entendedores do funcionamento e das necessidades do comércio, ou talvez porque encontrariam um lugar em meio ao aparato burocrático do Estado que lhes permitiriam defender seus interesses de classe, digamos assim, ou de grupos reduzidos dentro do corpo de negociantes⁸⁸.

Nesse período, por meio da Lei de 20 de outubro de 1823, a Assembleia Constituinte e Legislativa determinou que no Império vigorassem as leis portuguesas vigentes em 25 de abril de 1821, bem como os demais diplomas promulgados a partir de então por D. Pedro de Alcântara. Vigente estavam, dentre outras, as Ordenações Filipinas de 1603 e a Lei da Boa Razão, de 1769.

A *Lei da Boa Razão* previa que, caso se verificasse lacuna legislativa, deveriam ser invocadas como subsídio de julgamento as normas “das nações cristãs, iluminadas e polidas”⁸⁹.

⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do direito comercial brasileiro – A criação dos Tribunais de Comércio no Império**, Cadernos DireitoGV, v. 4, n. 6, São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 12.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 16-17.

⁸⁸ PAYAR, André Javier Ferreira. **A escravidão entre os seguros: as seguradoras de escravos na província do Rio de Janeiro (1831-1888)**, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da FDUSP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 41.

⁸⁹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. *Op. cit.*, p. 85-86.

Em razão dessa previsão, afirma José Xavier Carvalho de Mendonça que “o Código Comercial francês, de 1807, cuja irradiação era intensa pelo mundo inteiro, e, mais tarde, os Códigos Comerciais da Espanha de 1829 e de Portugal de 1833, aliás, sem a autoridade do primeiro, passaram a constituir a verdadeira legislação mercantil nacional”⁹⁰.

Ocorre que a demasiada generalidade da norma fez com que as questões comerciais decididas à luz da Lei da Boa Razão tivessem decisões as mais diversas possíveis. Tal fato, inclusive, foi motivo e razão para se defender a formulação do Código Comercial. Em sua pesquisa sobre as origens do Código Comercial de 1850, José Reinaldo de Lima Lopes resgatou os debates, valendo aqui a citação do discurso de Bernardo Pereira de Vasconcelos:

Em outra oportunidade (8 de agosto de 1848) dizia o senador por Minas: ‘a mesma legislação [lei da boa razão] que nos manda ir buscar as leis econômicas, comerciais e mercantis das nações polidas e civilizadas, não nos declarou quais eram as nações polidas e civilizadas a cujas legislações devíamos recorrer nos casos omissos... Vemos, por exemplo, a Inglaterra com muitas disposições comerciais opostas às que estão em vigor nas nações do continente... Daqui vem não pequeno arbítrio dos juízes e incerteza aos advogados que têm que aconselhar as partes’.⁹¹

Em 1832 foi nomeada a comissão encarregada da elaboração do Código Comercial, muito antes da codificação civil – que ocorreu apenas em 1854 – seja pela pressão dos comerciantes das praças mercantis do Império, seja porque era considerado mais urgente e menos discutível porque menos fundamental⁹².

A tramitação se deu da seguinte forma: o projeto da comissão constituída ficou pronto em 1834. A tramitação pelo plenário da Câmara iniciou em 1835. Em 1846, foi dado início ao trâmite perante o Senado, sendo que o projeto, emendado, foi aprovado pela Câmara em 1850⁹³.

O projeto que foi debatido perante o Senado instituíria tribunais do comércio, mas como espécies de câmaras especiais das Relações, compostas por juízes letrados e leigos, estes representantes dos comerciantes. Este modelo estava diretamente inspirado no Código Francês de 1807.

⁹⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. *Op. cit.*, p. 86.

⁹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 31.

⁹² *Idem, ibidem*, p. 23.

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 24.

Os argumentos contrários à proposta podem ser resumidos da seguinte forma: o primeiro deles estava focado na questão fiscal, ou seja, na impossibilidade financeira de se ampliar o aparelho judiciário; o segundo argumento dizia respeito à inconstitucionalidade de se criar cargos de juízes sem as garantias respectivas, porque temporários, assim como eleitos por particulares, sem intervenção do Imperador; o terceiro argumento referia-se ao fato de que os comerciantes eleitos como deputados – juízes leigos – poderiam ser cooptados por outros comerciantes litigantes que tivessem poder econômico para barganhar decisões; o quarto referia-se à dúvida acerca da própria autonomia do direito mercantil e da real impossibilidade de se definir o que quer uma “ação mercantil”; por fim, os opositores viam na classe mercantil brasileira uma grande divisão interna, sendo que o Código e os Tribunais beneficiariam os interesses dos comerciantes das regiões dos grandes portos, especialmente do Rio de Janeiro, quando estipulavam-se prazos inexecutáveis para comerciantes de outras regiões longínquas, como Mato Grosso e Goiás, bem como viam disparidades econômicas e de influência para formação do colégio dos comerciantes que elegeriam os deputados dos tribunais do comércio, não se garantindo, assim, a isonomia⁹⁴.

Do outro lado, os defensores da criação dos tribunais do comércio viam nesses órgãos a possibilidade de se dirimir a plêiade desorganizada das normas jurídicas então vigentes e a falta de organicidade sistemática do conceito da atividade mercantil. Outrossim, os tribunais do comércio aplicariam um processo simplificado, expedito, informal, evitando assim a prejudicial lentidão do processo ordinário civil⁹⁵.

Após os debates e emendas no Senado, o projeto foi aprovado pela Câmara e o Código Comercial foi promulgado em 1850, criando a seguinte estrutura jurisdicional:

O sistema terminou organizado pelo Código Comercial da seguinte maneira: a jurisdição comum de primeira instância para as controvérsias mercantis continuou sendo a mesma jurisdição dos casos civis, isto é, a dos juízes municipais (os juízes de direito eram especialmente juízes do crime, para presidir os júris em primeiro lugar). Isso valia, em princípio, para todas as comarcas, ou melhor dizendo, para todos os termos, pois termo é o âmbito territorial em que o juiz municipal exerce sua jurisdição. Nas cidades comercialmente mais importantes (comarcas especiais) foram criados juízes do comércio, considerados apenas juízes especializados. Os tribunais de comércio ficaram, portanto, encarregados da jurisdição voluntária, do auxílio

⁹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 25-30.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 32.

no governo e desenvolvimento do comércio e da jurisdição de falências. Foram instituídos na Corte e nos dois outros grandes portos do Império: Bahia e Recife. Na Corte era composto de um juiz letrado e seis deputados comerciantes, na Bahia e no Recife formava-se com um letrado e quatro deputados. Em todos eles havia também um fiscal letrado. Os juízes especiais de comércio existiam nas capitais das províncias em que houvesse Relação São Luís, Recife, Bahia e Corte). Como vimos acima, as Relações, até 1874, existiam apenas nas grandes províncias e sediadas em suas capitais, que calhavam de ser portos de mar: São Luis, Recife, Salvador, Rio de Janeiro. Nessas cidades, portanto, havia um juiz da jurisdição comum separado por especialização para tratar do contencioso mercantil⁹⁶.

Para fins de delimitação da competência e, considerando que o Código Comercial de 1850 adotou a teoria dos atos de comércio, foi em uma norma de cunho majoritariamente⁹⁷ processual – Decreto 737 de 1850 – que se definiu o que configurava “mercancia” no Brasil, e, portanto, estava sujeito à jurisdição comercial. Portanto, como destaca Paula Andrea Forgioni, o direito material comercial e questão jurisdicional estavam umbilicalmente ligados na gênese formal do direito comercial brasileiro:

A definição de mercancia não era estabelecida pelo Código, mas pelo Decreto 737, igualmente de 1850, que disciplinava ‘a ordem do Juízo no Processo Commercial’. Como também entre nós a determinação da matéria do direito comercial era questão de *jurisdição*, nada mais natural do que tratá-la em diploma processual, servindo de norte para a identificação da atividade mercantil e, conseqüentemente, da matéria comercial. A disciplina centrada no ato de comércio encerra força atrativa peculiar; aqueles que negociam com os comerciantes (inclusive os consumidores) sujeitam-se ao direito e à jurisdição especiais⁹⁸.

Os Tribunais do Comércio atuaram como entes da jurisdição entre março de 1850, data da aprovação do Código Comercial, até 1873, quando, por meio do Decreto 2.342, foram criadas Relações novas e, conseqüentemente, foi extinta a jurisdição contenciosa dos Tribunais de Comércio, e até outubro de 1875, quando por força do Decreto 2.662, foram efetivamente suprimidos os Tribunais de Comércio, sendo que

⁹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 34.

⁹⁷ “O Decreto nº 737 representa monumento soberbo da nossa legislação. Não encerrava exclusivamente lei processual, continha preceitos que completavam o Código Comercial, dando-lhe vida e realidade, preceitos ainda hoje subsistentes”. (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. *Op. cit.*, p. 106).

⁹⁸ FORGIONI, Paula Andréa. *Op. cit.*, p. 41-42.

novembro de 1876 foi regulada a transferência de funções para as juntas comerciais (decretos no. 6.834 e 6.835 de 30 de novembro de 1876)⁹⁹.

O principal argumento pelo qual se justificou a extinção dos Tribunais do Comércio foi o da precariedade da condição dos juízes, os quais, por exercerem cargos temporários, não se coadunavam com a realidade constitucional prevalecente de que as decisões com força de coisa julgada deveriam ser proferidas por juízes vitalícios. José Reinaldo de Lima Lopes cita o discurso de 1871 do Conselheiro Nabuco, que havia sido defensor da criação da jurisdição comercial, mas mudara sua opinião:

Advertido pela experiência, não quero hoje os Tribunais de Comércio que institui em 1855, e não quero esses tribunais por conformidade e coerência com um princípio que constitui um *desideratum* de nosso povo, isto é, que a jurisdição definitiva no país só seja exercida por juízes vitalícios¹⁰⁰.

Com base no argumento da precariedade do cargo do magistrado comercial e no fato de não se admitir a especialização na matéria como dado forte para se justificar a justiça comercial, o Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, defendeu então a extinção dos Tribunais do Comércio:

A experiência tem condenado os tribunais de comércio como tribunais de jurisdição especial. Não só sua composição destoa das teses constitucionais (apoiados) por que admite como juízes de 2ª. Instância empregados temporários sem as habilitações e garantias dos juízes perpétuos, como todo mundo conhece o que vale essa pretendida especialidade em matéria de jurisprudência. O senado sabe das grandes censuras que em França e outros países sofre a jurisdição consular. Seria preciso, para que as causas pudessem ser julgadas por profissionais, que a respeito de cada demanda se consultasse a profissão do juiz; mas logo que um banqueiro tem de julgar a causa de compra e venda mercantil, um comissário de transportes a causa de seguros marítimos, o armador de navios a ação de letra de câmbio ou de empreitada, ou de troca mercantil, não é possível verificar-se nos julgamentos a interferência de juízes profissionais nas negociações sobre que hão de decidir. (...) Senhores, em matéria de direito não há especialidades. Não compreendo como se sabe bem um ramo do direito e não se sabe outro: todos se entrelaçam; desde que se aprofunda a matéria em suas bases fundamentais, sua aplicação é uniforme. (...) A supressão dos tribunais de comércio, os quais não têm produzido benefício algum na prática, como podem atestar vários membros do senado que frequentam com honra e brilho o foro da capital do Império, é uma disposição de que não poderei prescindir, porque é uma das maiores conveniências do projeto que se discute (apoiados)¹⁰¹.

⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 46.

Waldemar Ferreira discorre sobre a utilidade da discussão e definição do ato de comércio, o que perdeu sentido após a extinção da jurisdição comercial: “suprimidos os tribunais do comércio pelo decreto legislativo n. 2.2662, de 9 de outubro de 1875, e conferidas as suas funções judicantes aos juízes de direito, pelo decr. n. 6.385, de 20 de novembro de 1876, desapareceu a utilidade prática da diferenciação teórica da jurisdição em comercial e em civil”¹⁰².

Neste mesmo sentido Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, para os quais, com a unificação da jurisdição civil e comercial, “o elenco do art. 19 do Regulamento 737 acabou por tornar-se mero indicativo para a definição da atividade mercantil, perdendo sua força legal imperativa”¹⁰³.

A experiência de uma jurisdição especializada no Brasil, como visto acima, durou vinte e cinco anos. As razões para sua extinção foram eminentemente formais e instrumentais. A questão mais incômoda se deu acerca da condição dos juízes, não investidos formalmente da função jurisdicional e das garantias inerentes. Veja-se que a limitação de instalação da justiça especializada por todo o território também foi um óbice ao amadurecimento da estrutura, sendo que apenas as praças centrais contavam com os Tribunais Comerciais e juízes especializados, o que, do ponto de vista da legitimidade, também reunia críticas perante os comerciantes de outras praças.

A extinção dos Tribunais do Comércio não pode ser considerada como um ponto final acerca do tema no Brasil, porque, da mesma forma como houve várias rupturas e mudanças de paradigmas que motivaram a reforma do direito comercial, vê-se hoje um outro contexto social em que as críticas apontadas no século XIX revelam-se apenas curiosas razões perante a realidade do direito empresarial do século XXI, cujas necessidades institucionais se revelam outras, e que justificam a especialização da jurisdição.

¹⁰² FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 273.

¹⁰³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.* p. 30.

2 AS PREMISSAS ECONÔMICAS

2.1 INTRODUÇÃO

Não é só à ciência jurídica que interessa o conceito de empresa, mas também para a ciência econômica.

Os juristas não negam que o Direito Comercial, por estar intrinsecamente relacionado ao exercício da atividade econômica, possa receber valiosos subsídios da Economia para compreender tal instituto e nem possa desconsiderar tais perspectivas¹⁰⁴. Porém, o desenvolvimento de uma atividade econômica em massa é estudado de forma diferente pelo Direito e pela Economia: o primeiro vê de forma normativa – o que *dever ser*; e a segunda numa perspectiva positiva – o que *é*.

Assim, em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que a diferença de perspectiva com relação ao objeto poderia impedir a comunicação e conciliação entre as conclusões. Contudo, a forma prospectiva não pode desconsiderar a descrição do fenômeno para, com base nas observações, poder regradar, regulamentar ou dirigir o instituto. Entretanto, quando a atividade comercial ou a empresa são tratadas pelo Direito, nas mais das vezes – senão em todas – expressam um viés político que orienta o Legislador no moldar do sistema jurídico, relegando para segundo plano as constatações econômicas.

Historicamente, no Direito Comercial, a própria superação do paradigma subjetivo – quando se identificava o comerciante pela qualidade de inscrito em uma Corporação de Ofício – foi uma resposta à centralização do poder político, mitigando

¹⁰⁴ “O estudioso do direito comercial não deve limitar ou restringir suas investigações à sua disciplina, pois autonomia e independência não significam isolamento científico; outras áreas do conhecimento estudam mercados e empresas e delas devem os operadores do direito socorrer-se para entender as práticas negociais. O estudo do direito comercial envolve a pesquisa das técnicas econômicas das relações sociais regidas pelo direito comercial, a exegese e o estudo sistemático dos princípios de direito comercial. [...] Empresas são instituições econômicas que, visando ao desenvolvimento das atividades de produção e distribuição de bens e serviços nos mercados, criação de riquezas ou utilidades, interessam a operadores do direito e a economistas. São criação da iniciativa econômica em que meios patrimoniais se aliam a outros pessoais e, portanto, são uma *fattispecie* originária, devem ter suporte fático próprio, não derivado da noção de empresário”. SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa – Atividade empresária e mercador**, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 176–177.

com isso o regime de privilégio de classe até então vigente. Por sua vez, a ruptura do modelo objetivo-misto – baseada na teoria dos atos de comércio – se deu em razão da necessidade dos regimes totalitários fundamentarem um discurso jurídico de submissão dos interesses dos comerciantes, podendo condicionar a atividade comercial ao “interesse nacional”.

De outro lado, porém, a Economia, em sua visão positivista do fenômeno, buscou observar o fenômeno da empresa ou firma no contexto ou modelo econômico que delineava a conjuntura da época. Orientações ideológicas à parte, os economistas não buscavam desenvolver modelos indutores – como é o papel do Direito – mas sim padrões de explicação para o fenômeno comercial e empresarial¹⁰⁵.

Ao mesmo tempo em que o Direito tratava do comércio e da empresa, a Economia também o fazia. As pesquisas corriam em paralelo, conforme se buscará demonstrar no próximo tópico.

Até por trabalhar em prismas e com métodos distintos, algumas definições jurídicas sobre a empresa nunca preocuparam os economistas, como, por exemplo, criar regimes jurídicos distintos entre o produtor industrial e o rural. Essas medidas político-jurídicas provocavam o distanciamento do direito comercial das conclusões obtidas pela Economia.

Uma das principais utilidades para o Direito valer-se das observações econômicas refere-se ao déficit da disciplina jurídica – especialmente quanto a seu método – para captar a realidade dos atos do comerciante, o que por sua vez é objeto de estudo de parte dedicada da Economia. O comportamento do agente não tem um capítulo da ciência jurídica a ele destinado, o que já não ocorre com a ciência econômica, como será visto. Talvez esse não seja um defeito do sistema jurídico, mas sim uma realidade que precisa ser aceita, sublimada, e que permita a libertação do jurista para pensar a melhor forma de se adaptar às transformações.

O direito comercial deve buscar na Economia o diagnóstico sobre qual a conjuntura econômica que conduz o fenômeno empresarial e de tempos em tempos adaptar a sua matriz – o direito costumeiro, os atos do comércio, a empresa – da qual emanará a disciplina dos atos empresariais e de tudo que se relaciona com o tema. O

¹⁰⁵ Como se observa ser o tema da Nova Economia Institucional, por exemplo.

direito pode se apoiar nos estudos econômicos acerca da tomada de decisões e de como, por meio de normas, é possível influenciar comportamentos¹⁰⁶.

Moldar as normas com base em uma matriz atrasada, que já não condiz com a realidade econômica vivida, ou em aspectos meramente descritivos, sem ponderar sobre o processo decisório do agente econômico, condenará o Direito Comercial a ser o ramo jurídico eternamente aquém de seu tempo, encastelando o jurista distante do tráfico econômico que cada vez mais se transforma na dinâmica dos comerciantes.

Embora tenha sido afirmado que os sistemas jurídicos comerciais foram fruto de fortes influências políticas, também acompanharam as transformações econômicas. As conclusões vindas da Economia devem ser consideradas e, naquilo em que forem compatíveis, incorporadas ao sistema jurídico empresarial, considerando que as relações tratadas pelo Direito Empresarial são, por natureza, econômicas em sua essência.

Com efeito, para o tema da presente tese, as constatações econômicas sobre o comportamento e a tomada de decisões do agente são fundamentais para se propor um modelo jurisdicional próprio para as questões empresariais.

A evolução da ciência econômica voltada às instituições e organizações, bem como a interação do Direito e a Economia, trouxeram no século XX as mais influentes sugestões para o Direito Empresarial desde a superação do paradigma dos atos de comércio. Portanto, analisar um tema como a solução dos conflitos empresariais, propondo um modelo de jurisdição especializada, passa pela avaliação crítica dos subsídios dados pelas concepções econômicas mais atuais. É o que se pretende nos

¹⁰⁶ “como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, eles maximizam o seu bem-estar. A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos. Oras, essas também é uma ideia central no direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros. Agentes públicos trabalharão mais ou se corromperão menos se seus atos forem públicos. Os exemplos são incontáveis. Por outro lado, se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo. Contudo, a experiência nos mostra que isso não acontece.” (GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN; Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26, p. 22-23.)

próximos itens deste capítulo, não sem fundamentar de forma mais pormenorizada essa íntima relação mantida entre a Economia e a regulação jurídica das atividades comerciais e empresariais.

2.2 DA RELAÇÃO ENTRE A ECONOMIA E O DIREITO DOS NEGÓCIOS: DA TRANSIÇÃO ENTRE O PARADIGMA DA TROCA E DO COMÉRCIO PARA A ORGANIZAÇÃO E A EMPRESA

A análise cronológica do pensamento jurídico e econômico moderno acerca do fenômeno comercial permite visualizar uma coerência de posicionamentos. Neste tópico se buscará desenvolver essa relação histórica entre o Direito Comercial e a Economia, ao contrário do que foi feito no capítulo anterior, em que o objetivo era demonstrar a relação dos momentos daquele sob um ponto de vista político.

Posto isso, superada a fase essencialmente subjetiva, em que a qualidade do agente exigia a criação e adequação de um ordenamento jurídico próprio – não emanado de um ente estatal – o direito comercial, no intuito de delimitar seu objeto, passou a se voltar para a atividade de intermediação.

Como afirmado no capítulo anterior, dentre os atos de comércio descritos nos vários sistemas jurídicos romano-germânicos, inclusive no Brasil, aqueles que identificavam o comerciante eram eminentemente relacionados à atividade de circulação de mercadorias e riquezas.

A produção, leia-se, a indústria, não era o foco. Embora estivesse geralmente enquadrada no rol de atos de comércio, exercia um papel subsidiário.

Da mesma forma, a Economia moderna também se atinha ao comércio e à troca. O estudo da intermediação era o objeto a ser estudado sob o método econômico.

A relação entre o direito comercial e a economia, ambos focados na ideia de tráfico, de comércio e intermediação, é o que se vê na doutrina contemporânea à teoria dos atos de comércio.

Cesare Vivante, na primeira edição de seu Tratado de 1893, afirmava que a matéria comercial compreendia as pessoas e os negócios que faziam passar as

mercadorias de quem as produzia a quem as consumia, e que provocavam com isso um aumento dos preços¹⁰⁷.

Nessa mesma linha, em sua obra intitulada *Universalgeschichte des Handelsrechts* de 1893, Levin Goldschmidt afirmava que o comércio é a atividade cujo escopo é o lucro decorrente da circulação dos bens.

Em matéria de comércio, antes da aplicação da norma geral do direito público e privado, aplica-se um direito separado ou especial, chamado de direito comercial. Este pode ser considerado como uma parte da ciência do comércio em sentido amplo, que é o conjunto de todos os conhecimentos que têm importância para o exercício do comércio. O direito comercial desenvolve sua relação com o comércio, em primeiro lugar, porque todo ato de comércio também é um ato jurídico. Prossegue, afirmando que dentre outros numerosos ramos da ciência comercial, alguns têm especial importância para o conhecimento do direito comercial, como a chamada política comercial privada – a forma de organização dos meios de comércio e a utilização oportuna desses meios; a tutela do comércio ou política do comércio que diz respeito à doutrina administrativa comercial pública, ou seja, a relação que o Estado deve manter com o comércio realizado pelos seus súditos; a história do comércio, que é uma parte da história da civilização e um importante subsídio para o direito comercial. Ainda, destaca a ciência comercial em sentido estrito, que é uma parte da ciência econômica, e se refere à doutrina do exercício do comércio e de suas leis sociais econômicas expostas em correlação com suas causas históricas. Trata-se do substrato fático do direito comercial privado, a matéria de sua regulação, o meio de seu estudo e de sua ulterior formação¹⁰⁸.

O autor reconhece o direito comercial e a ciência comercial como espécies de um mesmo ramo, contudo, embora as relacionando, distingue-as pela forma distinta de abordar a relação comercial.

Para Alfredo Rocco, a noção econômica do comércio é pressuposto indispensável para o estudo do direito comercial, uma vez que a acepção econômica do tema sempre foi, histórica e conceitualmente, o núcleo fundamental das relações regidas pelo direito comercial. O aspecto econômico do comércio tem como ponto central a ideia da troca ou, melhor dizendo, a atividade humana destinada a promover e facilitar a troca, a qual é ramo da produção econômica e constitui a indústria comercial ou

¹⁰⁷ VIVANTE. Cesare. *Op. cit.* p. 69.

¹⁰⁸ GOLDSCHIMIDT, Levin. *Op. cit.* p. 2-11.

comércio. Contudo, em relação à matéria regulada pelo direito comercial, a norma diretiva e delimitativa não pode pura e simplesmente resumir-se a esse conceito econômico de comércio, uma vez que este é demasiado incerto e discutido, para que nele o legislador possa confiar.

Em suas palavras: “em nenhum momento da evolução do direito comercial, o conceito econômico de comércio coincidiu com o conceito jurídico da matéria de comércio, ou seja, das relações reguladas pelo direito comercial”¹⁰⁹. Portanto, para Alfredo Rocco a solução para o impasse acerca do conceito de comércio resolver-se-ia não ao se adotar puramente a definição econômica, mas sim pela determinação legislativa das relações reguladas pelo direito comercial, ou seja, a definição seria jurídica para se delimitar a matéria de comércio¹¹⁰.

José Xavier Carvalho de Mendonça, que publicou seu Tratado de Direito Comercial Brasileiro entre os anos de 1910 e 1928, onde tratou da relação entre Direito e Economia face ao comércio, afirma que esta estuda os fatos econômicos em si, observando as leis naturais e sociais que os provocam, apreciando o comércio no seu caráter fundamental, na sua função, a circulação e a permuta de riquezas. Já o Direito Comercial trata das relações jurídicas que esses fatos geram no âmbito social em que ocorrem e se desenvolvem, e ainda aos atos que promovem a facilitam a riqueza, como o depósito, penhor, seguro e etc. “À medida que avança a civilização, evolui a ciência econômica e se estende o comércio. O Direito Comercial alarga a sua esfera. Não fica prisioneiro dos textos de um código, por mais perfeito que seja, a menos que este não passe por diária e contínua reforma”¹¹¹.

Segue afirmando que o Direito Comercial é, por excelência, o direito dos contratos e, por serem estes os instrumentos das trocas, aí se relaciona com a Economia, pois para esta a troca é elemento essencial. Assim, sem a inspiração dos elementos ministrados pela Economia, o Direito Comercial não pode ser efetivamente estudado, porque apreende os fatos da vida econômica sob o ponto de vista objetivo para lhes dar uma forma jurídica. Finaliza da seguinte forma: “o direito vive e floresce com a

¹⁰⁹ ROCCO, Alfredo. *Op. cit.* p. 43.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 40-44.

¹¹¹ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Op. cit.* p. 43.

evolução desta ciência [Economia], e o comercial, sobretudo, não se compreende sem ela, sua base fundamental”¹¹².

A interpretação das palavras do comercialista brasileiro indica que considerava fundamental o diálogo entre o Direito Comercial e a Economia, deixando claro que embora possuam estruturas sistemáticas próprias e escopos distintos, atém-se a um mesmo tema, o comércio.

Como se vê, para a doutrina especializada o direito comercial era o direito do comércio, da intermediação, ou seja, daquele sujeito que promovia a troca e lucrava com essa função. Não importavam as relações subjacentes ou a organização da atividade, senão de forma secundária.

Outrossim, em termos de pensamento dominante econômico na mesma época vigia a teoria neoclássica¹¹³. Os neoclássicos já tinham ideia acerca do papel da organização, mas a consideravam como uma caixa-preta, cujo papel era combinar fatores da produção disponíveis para produzir bens comercializáveis, contudo, não se ocuparam de sua análise interna.

Oliver E. Williamson corrobora essa conclusão ao afirmar que “the widespread conception of the modern corporation as a ‘black box’ is the epitome of the noninstitutional (or pré-microanalytic) research tradition”¹¹⁴.

A organização comercial encontrava no mercado um *locus* que poderia oferecer condições de concorrência ideais e informação perfeita. O que importava para os neoclássicos era a atividade em si desempenhada, ou seja, a intermediação, a formação dos preços, a questão da oferta e da procura.

É correto afirmar que havia uma semelhança na abordagem que os economistas faziam da firma e que os juristas faziam acerca do papel do comerciante: ambas se ocupavam dos efeitos exteriores das atividades, não se atendo a estudar e analisar a organização da atividade econômica relacionada ao comércio e,

¹¹² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Op. cit.*, p. 44.

¹¹³ “Neoclassicismo ou Marginalismo: buscou integrar a teoria da utilidade do valor com a teoria do custo de produção dos clássicos, bem como explicar os preços dos bens e dos fatores, a alocação dos recursos com o auxílio da análise marginal. A análise marginal “representou um instrumento, rapidamente difundido, para explicar a alocação de determinados recursos escassos entre os usos correntes, com o objetivo de se chegar a resultados ótimos”. (PINHO, Diva Benevides. Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Da Economia da Informação às Raízes do Pensamento Econômico. In: PINHO, Diva Beneditina; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.)

¹¹⁴ WILLIAMSON, Oliver. E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985, p. 15-18.

principalmente, à produção. Contudo, à medida que a sociedade e o modo de produção modificam-se, o Direito e a Economia passam não mais a analisar a troca como objeto-chave de suas ciências, mas sim o processo de organização e produção. Surge aí, para ambos, a concepção da firma.

Uma das obras interessantes que trata desse fenômeno de rompimento e modificação do sistema econômico é a escrita por Karl Polanyi. Segundo suas palavras, na sociedade mercantil, o mercador desenvolvia uma liderança organizadora da produção industrial, pois “ele conhecia o mercado, o volume e a qualidade da demanda, e podia se encarregar também dos suprimentos que, incidentalmente, consistiam apenas em lã, tinturas e, às vezes, molduras ou teares usados pela indústria doméstica”¹¹⁵, para todos os efeitos, a atividade não envolvia sério risco e a fábrica não era dispendiosa. Afirma: “até o final do século XVIII, a produção industrial na Europa Ocidental já era um mero acessório do comércio”¹¹⁶. Enquanto a máquina era um instrumento acessível e não complexo, o fluxo de bens raramente aumentava, pouco importando quem seria o proprietário dela, se o trabalhador ou o mercador. Embora a titularidade do instrumento influenciasse a posição social do trabalhador e, logicamente, o ganho – maior para o proprietário – o fornecimento de matéria-prima, que era limitado, impedia a expansão da produção. Contudo, a criação de maquinarias e fábricas complicadas, fruto da especialização, é que transformou completamente a relação do mercador com a produção. Nas palavras do autor:

Embora a nova organização produtiva tenha sido introduzida pelo mercador – fato esse que determinou todo o curso da transformação –, a utilização de maquinarias e fábricas especializadas implicou o desenvolvimento do sistema fabril e, com ele, ocorreu uma alteração decisiva na importância relativa do comércio e da indústria, em favor dessa última. A produção industrial deixou de ser um acessório do comércio organizado pelo mercador como proposição de compra e venda; ela envolvia agora investimentos a longo prazo, com os riscos correspondentes, e a menos que a continuidade da produção fosse garantida, com certa margem de segurança, um tal risco não seria suportável¹¹⁷.

Karl Polanyi defende que a colocação à venda dos elementos da produção – trabalho, terra e dinheiro – era a exigência de um sistema de mercado, superando o

¹¹⁵ POLANYI, Karl. **A grande transformação**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 95.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 96.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 96.

sistema mercantil então vigente, em que tais fatores nem sempre estavam disponíveis para negociação. Foi esse desenvolvimento do processo econômico que, coincidindo com o momento político – conforme abordado no capítulo anterior – provocou a mudança de paradigma do direito comercial: da intermediação para a organização. Essa mudança só foi sentida no Brasil tempos depois de ocorrida na Europa, inclusive em razão da colonização e independência tardias.

Paula Andrea Forgioni afirma que só a partir da década de 1950¹¹⁸, no Brasil, é que a noção de intermediação foi aos poucos perdendo sua importância para em seu lugar ser inserida a empresa como o centro do direito comercial. O empresário deixa de ser uma espécie de comerciante para ser o gênero, do qual passa a fazer parte o comerciante¹¹⁹. Segundo a autora paulista, foram dois autores em suas defesas de cátedras que inauguraram a abordagem da teoria da empresa no Brasil, a saber: Sylvio Marcondes, em 1956, e Rubens Requião, em 1959¹²⁰.

Destaca a autora que o conceito de empresa é mais antigo do que se costuma crer, estando identificado já no Código Francês de 1807 (*enterprise*)¹²¹.

Por sua vez, Giuseppe Ferri destaca que a empresa era considerada um ato de comércio no Código Comercial italiano de 1882. Contudo, não era considerada como um organismo econômico, mas sim como um ato de intermediação com escopo especulativo¹²².

Da mesma forma ocorreu no Brasil. O Decreto 737, de 1850, em seu artigo 19, parágrafo terceiro, considerava como mercancia as empresas de fábricas, de comissões, de expedição, de depósito, consignação e transporte e de espetáculos públicos.

A explicação para esse fenômeno legislativo talvez se deva à descrição feita por Karl Polanyi acerca da sujeição da produção ao comércio em um primeiro momento.

Prosseguindo, Waldemar Ferreira aponta três elementos constitutivos da empresa: em primeiro lugar, a organização dos fatos da produção, ou seja, a natureza, o

¹¹⁸ Não há que se olvidar a concepção jurídica da empresa já vinha sendo difundida na Itália muito antes da década de 50, uma vez que o *Codice Civile* aderiu à teoria em 1942.

¹¹⁹ FORGIONI, Paula Andréa. *Op. cit.*, p. 58.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 58.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 43.

¹²² FERRI, Giuseppe. *Op. cit.*, p.27.

capital e o trabalho; a realização de negócios mercantis, de forma que a empresa era a intermediária entre a produção e o consumidor; e, por fim, a inerência do risco técnico e econômico das operações¹²³.

Ainda em contraponto com a obra de Polanyi, importa destacar como essa definição jurídica do conceito de empresa guarda certa relação com a descrição histórico-econômica da transição entre o sistema mercantil para o sistema de mercado defendida pelo escritor austríaco.

A partir dessa ideia de organização econômica dos fatores de produção que sintetiza a ideia de empresa, vale mencionar Evaristo de Moraes Filho, que aproxima essa abordagem do conceito jurídico. Aduz que a empresa pode ser analisada numa visão de caleidoscópio, a partir da sociologia, história, direito, economia, política e assim por diante. Da concepção sociológica, a empresa poderia ser analisada como um grupo social, como uma estrutura baseada num processo social de subordinação, a chamada sociologia industrial, que tem como objeto o estudo das relações humanas nas empresas, entre empregados e empregadores e entre estes e seus clientes. Sob a concepção histórica, dá destaque à Escola Histórica Alemã, cujos principais nomes são Roscher, Schomoller e Bücher. O autor afirma que do ponto de vista econômico a empresa comumente é definida como sendo “um grupo de pessoas (duas ou mais), trabalhando em conjunto, sob um plano organizado, tendo em vista a produção de bens e serviços para o mercado”¹²⁴. Contudo, após alertar para a diferenciação entre as figuras do capitalista, do empregado e do artesão, destaca:

reservamos o nome de empresa, em economia política, à organização de esforços plurais, com nítida diferenciação entre direção e execução, deslinda este que se processo desde cedo na história social da humanidade. Admitimos o artesão, o trabalhador autônomo, o vendedor ambulante, todos os trabalhadores que trabalham a sós diretamente para o mercado, por sua conta e risco, como agentes da produção, como produtores e suas organizações, em último caso, como simples explorações, mas não como empresas, nem eles como empresários¹²⁵.

Assim, ao final de sua exposição, indica os requisitos indispensáveis para o conceito de empresa. São eles: a existência de um modelo de sociedade com desenvolvimento suficiente para englobar a troca de serviços com base em um padrão

¹²³ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.*, p. 365-366.

¹²⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. cit.* p. 257.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 259.

monetário; a existência de um mercado amplo e permanente que dê vazão à produção; a coordenação dos fatores imprescindíveis para a produção, quais sejam, natureza, trabalho e capital; a irrelevância para a origem do capital e dos suprimentos, se provenientes do agente ou não; a divisão clara entre direção e execução; intento de lucro; assunção de risco por parte de empresário¹²⁶. E essa organização, em que se relacionam os fatores da produção, que os economistas chamam *firma*.

Derivando em seguida para a concepção jurídica, afirma que o conceito dominante em direito comercial é o de estabelecimento comercial, sendo recente a preocupação dos juristas com o conceito de empresa. Entretanto, entende que ambos institutos têm relevância jurídica, embora alguns autores, segundo ele, costumem tratar da empresa apenas como fenômeno econômico.

Aduz que “o conceito econômico [de empresa] não se justapõe ao jurídico de modo perfeito sem deixar resto; as consequências de um não são as mesmas de outro, mas também não se encontram tão distantes a ponto de parecerem duas realidades diversas”¹²⁷. Dentre essas diferenças conceituais, a partir da exposição de Alfredo Rocco, indica que nem todas as atividades econômicas que poderiam ser tratadas como empresas naquele campo o são no aspecto jurídico, exemplificando com a produção agrícola, que no direito italiano não é juridicamente empresarial.

Outrossim, Evaristo de Moraes Filho afirma que o autor italiano também não abrange no direito a empresa em que o trabalho de execução é realizado pelo organizador, o que seria admitido na concepção econômica de empresa – embora o autor brasileiro considere que tanto Economia como Direito confluem no sentido de que o trabalho deve ser desenvolvido por terceiros, ao contrário da visão do italiano. Ademais, indica que requisitos como a profissionalidade e habitualidade sejam notas essencialmente jurídicas ao conceito de empresa, o que não é observado na acepção econômica, não obstante ser “praticamente impossível que isso não aconteça quando alguém resolve organizar os elementos dispersos da produção para fins de circulação dos bens produzidos no mercado”¹²⁸. E, em razão de tal grande aproximação conceitual,

¹²⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 266-267.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 331.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 335.

é que o autor afirma que o Direito procurou se ater à manifestação mais visível da atividade do empresário, que é o seu estabelecimento¹²⁹.

Tullio Ascarelli reforça a ideia de que a concepção econômica de empresa não serve para definir o direito comercial como um “direito das empresas”, isso porque não abrange as empresas agrícolas¹³⁰, embora a exploração agrícola sob forma de empresa – quanto à sua organização interna – seja historicamente anterior à organização do comércio e indústria, mas reconhece o ato de comércio ocasional e os atos cambiais, que nem sempre se prendem a uma empresa ou atividade sistemática. Reconhece a virtude da teoria da empresa quando apresenta o critério para que a atividade industrial fosse incluída no campo do direito comercial, apresentando a organização como um elemento de aproximação entre o direito do comércio e da indústria de um lado e o da lavoura e a especulação imobiliária de outro, contudo, é inexata quando limita o exame a esse aspecto. A teoria da empresa também é inexata quando busca identificar em termos gerais o direito do comércio e o direito das empresas. Ressalta ainda a validade da teoria da empresa ao destacar que muitos problemas do direito comercial estão relacionados à empresa, mas é inexata quando desconhece que muitos desses problemas surgidos com a existência da grande empresa dizem mais respeito às normas publicistas de controle do que à disciplina do contrato no direito privado¹³¹. Neste último ponto, faz referência o autor ao fato de que a regulação da atividade econômica passou a ganhar destaque com o surgimento da empresa de grande porte – no intuito de tutelar também o interesse do consumidor – fazendo com que a concorrência fosse alçada a papel de destaque no direito econômico. Tais temas fugiam aos limites do direito comercial.

A evolução da ideia de troca e comércio para a organização e empresa comprova o diálogo entre a ciência econômica e o Direito Comercial, o qual, embora não se alinhe perfeitamente ao molde econômico, encontra seu cerne naquela seara.

Neste sentir, abordar o aspecto conflitivo empresarial à luz da concepção econômica acerca da firma e dos custos de transação não parece ser despropositado ou demasiado imaginativo. O contrário é que se constata, pois se trata de mais uma aproximação entre os ramos jurídico e econômico.

¹²⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. cit.*, p. 338.

¹³⁰ Necessário ressaltar que o Código Civil brasileiro admite a organização da produção agrícola sob a forma de empresa, caso seja esse o interesse do empresário, diferentemente da realidade vigente ao tempo da obra citada.

¹³¹ ASCARELLI, Tullio. *Op. cit.* p. 5-6.

2.4 A EMPRESA, A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E AS PREMISSAS COMPORTAMENTAIS

As teorias voltadas ao estudo específico da firma, da sua estrutura e do seu papel no mercado, tendo por base uma observação mais realista da conjuntura econômica e da falibilidade do modelo de concorrência perfeita tem marco na década de 1920¹³².

Progressos científicos e tecnológicos, como a difusão das ferrovias, do telégrafo e dos navios a vapor, foram decisivos para o rompimento de barreiras econômicas e criação de oligopólios mais estáveis, bem como estão relacionados à produção em massa.

A ideia de *produção em massa* é empregada nas obras jurídicas que tentam explicar a evolução da teoria dos atos de comércio para a matriz da empresa, como o fez Ruy de Souza

O tráfico econômico, que é o fim das empresas em geral, grandes e pequenas, com empresários individuais ou coletivos, realiza-se, na empresa, com sentido de continuidade e, por isto mesmo, mediante o uso de atos de massa (repetidos profissionalmente, em série orgânica, através do empresário). Ainda que não sejam realizados em grande número (forma típica da grande empresa), os atos serão operados em massa, nesse sentido da repetição como atividade contínua da empresa¹³³.

O desenvolvimento da firma em termos de crescimento se deu a partir de duas inovações organizacionais: a integração vertical em unidades distintas, o que se viu na indústria do petróleo, e a segunda, a organização multidivisional interna da firma.

Essa forma nova de organização da atividade de produção demonstrou que definitivamente a teoria neoclássica não era suficiente para explicar a conjuntura então vivida, o que fez com que os autores passassem a estudar o papel da firma, deslocando-se da visão exclusiva sobre o mercado como gerador do equilíbrio.

¹³² Oliver E. Williamson, em sua obra *The Economic Institutions of Capitalism* afirma que a abordagem da economia dos custos de transação exigia a revisão do que havia sido escrito a partir de 1930 em termos de economia, direito e organizações, década memorável para a nova concepção, afirmando que Frank Knight, antes, em 1922, ao escrever *Uncertainty and Profit*, trouxe a primeira contribuição significante. (WILLIAMSON, Oliver. E. *Op. cit.*, p. 2.)

¹³³ SOUZA, Ruy de. *Op. cit.* p. 291-292.

Então, inserido nesse ambiente, Ronald Coase escreveu o artigo *The Nature of the Firm*, originalmente publicado em 1937 em revista da *London School of Economics*, em que apresenta uma nova concepção, uma renovação aos postulados neoclássicos. O autor afirma que ao se buscar uma definição de empresa é conveniente considerar primeiro o sistema econômico em que está inserida. Os preços como coordenadores em um sistema econômico podem ser substituídos pela firma, isso porque negociar através do sistema de preços do mercado representa um custo que pode ser dirimido pela organização em forma de hierarquia criada pela empresa. Sintetiza o autor:

la razón principal de por qué es redituable establecer una empresa es, al parecer, que existe un costo de por medio por usar el mecanismo de precios. El costo más obvio de ‘organizar’ la producción mediante el mecanismo de precios es descubrir cuáles son los precios relevantes. Este costo se reduce pero no se elimina por el surgimiento de especialistas que venderían esta información. Los costos de negociar y concluir un contrato por separado, para cada transacción que se lleva a cabo en el mercado, también deben ser considerados. Otra vez, en ciertos mercados (p. ej. Intercambio de productos agrícolas), una técnica se vislumbra para minimizar estos costos contractuales, pero no se eliminan. Es verdad que los contratos no se eliminan cuando hay una empresa, pero si se reducen de manera importante. Un factor de producción (o el dueño del mismo) no tiene que hacer una serie de contratos con los factores con los que está cooperando dentro de la empresa, como sería necesario, desde luego, si esta cooperación fuera resultado directo del trabajo del mecanismo de precios, estas series de contratos serian sustituidas por uno. En esta etapa es importante destacar el carácter del contrato del factor empleado dentro de una empresa. El contrato es uno mediante el cual el factor, a cambio de cierta remuneración (que puede ser fija o fluctuante), accede a obedecer las instrucciones de un empresario dentro de ciertos límites. La esencia del contrato es que solo debe establecer los límites al poder del empresario. Dentro de estos límites, puede de esta manera dirigir los otros factores de producción¹³⁴.

Tema até então não explorado, justamente por não ser a realidade do século XIX, o estudo dos fatores que influenciam no tamanho da firma passa a ser de interesse dos autores dessa nova geração.

Ronald Coase enumera as variáveis que condicionam o crescimento. Afirma que a empresa tenderá a ser maior na medida em que os custos de organização sejam menores e aumentem lentamente com um incremento das transações organizadas; ou na medida em que seja pouco provável que o empresário cometa erros e na medida em que

¹³⁴ COASE, Ronald. **La Naturaleza de la Empresa**, in *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, coor. Adrés Roemer, Mexico DF: Fondo de cultura Economía, 2000, p. 561-562

seja menor o aumento de erros conforme se incrementa o número de transações organizadas; e na medida em que seja maior a diminuição no preço de oferta dos fatores relativos à empresa de maior tamanho¹³⁵.

Ronald Coase diz que há duas maneiras dos indivíduos se organizarem: o mercado e a hierarquia, sendo que a maior parte dos agentes está ligada por relações desta natureza.

Na economia de mercado, embora haja grande número de relações hierárquicas, a forma de organização da economia, a definição do que se produz e como se produz, são determinados pelo mercado, mas os atores do mercado são as organizações. Ambos têm a finalidade de suprir as necessidades, mas o mercado é o mecanismo essencial para suprir essas pretensões.

De acordo com Fernando Araújo “a intuição mais revolucionária do ‘Teorema de Coase’ é a de que ausência de custos de transação asseguraria a solução socialmente eficiente em praticamente todas as circunstâncias, em qualquer quadro de afetação inicial de recursos”¹³⁶.

O mesmo autor destaca que Coase utiliza o conceito dos custos de transação para explicar dois fenômenos. O primeiro que se refere às externalidades, que não podiam ser resolvidas pelo mercado e o segundo, quanto à empresa, como visto, que afirma que a teoria surgiu para:

Justificar as fronteiras da empresa, e, como vimos, em resposta à interrogação quanto aos fatores que tornariam a organização empresarial ocasionalmente mais eficiente do que o funcionamento de mercados impessoais – sendo os ‘custos de transação’ as imperfeições do funcionamento desses mercados impessoais (fica implícito que os principais ‘custos de transação’ são ‘custos de busca’)¹³⁷.

Em síntese, a empresa é um local, um nexos, um conjunto de contratos. Os contratos garantem a relação entre indivíduos, ou indivíduos e organizações ou indivíduos dentro de organizações.

A partir das ideias iniciais de Ronald Coase, os novos institucionalistas introduziram questões acerca da natureza da firma, considerando-a uma forma particular

¹³⁵ COASE, Ronald. *Op. cit.* p. 566.

¹³⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Coimbra: Almedina, 2007, p. 201.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p. 202.

de organização econômica, ou seja, uma alternativa institucional em relação ao mercado.

A Nova Economia Institucional entende que o sistema econômico é formado por agentes que se reúnem em organizações. Os sujeitos e as organizações interagem e buscam a intermediação dos bens e fazem isso por intermédio das relações no mercado ou por meio de hierarquia. A organização, por sua vez, é um conjunto de indivíduos que trabalha de forma cooperativa e têm um objetivo comum. A rede de organizações de indivíduos é o que configura o sistema econômico, assim, se estão em rede, estão mantendo relação.

Oliver Williamson parte das concepções de Ronald Coase e de outros autores¹³⁸ para afirmar ter havido um ressurgimento do interesse no estudo das instituições e que o arranjo das organizações em forma de governança tem o condão de diminuir os custos de transação, sendo, portanto, necessário o desenvolvimento de uma teoria a respeito, o que denomina de Economia dos Custos de Transação.¹³⁹

Em sua obra *The Economic Institutions of Capitalism*, afirma que as empresas, mercados e o processo de formação dos contratos são importantes instituições econômicas. Entretanto, o estudo das instituições econômicas do capitalismo não se

¹³⁸ “Transaction cost economics traces its origins to seminal contributions in Law, economics, and organization that were made in the 1930s. Leading economic contributions were made by Commons (1934) and Coase (1937). Llewellyn (1931) added key legal insights, and Barnard (1938) offered an organization theory perspective.” WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction Cost Economics**, *In Handbook of Industrial Organization*, volume I, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, London: Elsevier Science Publishers B.V., 1989, p. 137.

¹³⁹ “seja pela contratação livre e descentralizada, seja por intermédio de contratos dirigidos, coativos, cláusulas gerais e uniformes próprias dos contratos de adesão, é o ambiente institucional e político que determina o aparecimento de organizações sociais: familiares, empresariais, educacionais, pias, religiosas, esportivas, ou empresas. A atividade dos agentes econômicos propicia a formação de organizações sempre que o intercâmbio leva a custos de transação menores do que os incorridos por operações similares em mercados. Se uma das funções do mercado é facilitar o intercâmbio entre pessoas, a troca econômica eficiente, tal como as organizações, o que leva a escolher uma sobre outra alternativa? Com base nessa ligação entre empresas e mercados é que se há de buscar respostas, notadamente quando existe preocupação com eficiência na alocação de bens e redução de custos de produção para o mercado, que expliquem a razão para a criação de empresas, forma de organização da produção para mercados. Uma primeira resposta aparece com a necessidade de reduzir a vulnerabilidade dos produtores que precisam manter a oferta continuada. Evitar a dependência dos mercados, ou seja, vulnerabilidade externa, requer ter domínio sobre todos os fatores da produção, e essa constitui uma das razões clássicas para a organização de empresas. A opção entre organizar empresas (firmas) ou abastecer-se nos mercados tem como fundamento, para a corrente de economistas filiados à área de *transaction cost economics*, a redução de custos.” (SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa – Atividade empresária e mercados**, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 176-177.)

encontravam em posição relevante na pauta das ciências sociais, sendo que parte disso deve-se à complexidade do tema.

A concepção de corporação moderna para os não institucionalistas, afirma, é como uma “caixa preta”. Entende que o mero conhecimento das características das organizações não basta, sendo necessária a identificação e ligação das consequências econômicas geradas pelo mercado, pela hierarquia ou quase-mercado em uma forma sistemática.

Afirma que no início dos anos 70, a concepção de empresa como uma função de produção foi estendida para um conceito de empresa como estrutura de governança.

De acordo com o autor, a importância de se estudar a organização e estrutura interna das empresas é permitir que se entenda melhor a eficácia do processo de governança interna, conduzindo a uma conclusão acerca do porquê se organizar uma empresa de uma forma e não de outra, diante da limitação da racionalidade, oportunismo, enfim, diante dos custos de transação existentes¹⁴⁰.

Quanto à economia dos custos de transação, afirma que é parte da Nova Economia Institucional. Embora os custos de transação possam ser aplicados a organizações econômicas de todas as espécies, o autor pretende utilizá-los em relação ao contexto capitalista, especialmente quanto às empresas, mercados e relações contratuais, abrangendo desde as relações ocorridas no que chama de mercado amplo (*discrete market*), de um lado, até as organizações hierárquicas centralizadas, passando pela miríade de modos intermediários. Embora haja opiniões que acatem as propriedades notáveis da concepção neoclássica acerca dos mercados, há entendimentos diferentes acerca da avaliação sobre como são organizadas as transações em regime de quase-mercado ou em modo de organização não mercadológica.

Em comparação com outras abordagens das organizações econômicas, a economia dos custos de transação apresenta-se mais microanalítica; mais consciente sobre hipóteses comportamentais; introduz e desenvolve na economia a categoria da especificidade do bem; utiliza-se mais de análises institucionais; considera as empresas como estruturas de governança; atribui maior importância às instituições contratuais, com especial ênfase na autonomia privada.

¹⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver. E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 82.

Destaca o autor que os custos de transação são diminuídos quando as transações são internalizadas em estruturas de governança de formas distintas¹⁴¹.

Oliver Williamson afirma que os custos de transação são o equivalente econômico à fricção nos sistemas da física. Contudo, embora os físicos sejam constantemente lembrados pelo mundo que os cerca de que a fricção deve ser considerada, nem sempre os economistas demonstram uma consideração correspondente quanto aos custos de transação.

A economia dos custos de transação posiciona o problema das organizações econômicas como um problema de contratação. Podem ser distinguidos, usualmente, em *ex ante* e *ex post*. Os primeiros referem-se aos custos de elaboração, negociação e para salvaguardar um acordo. Os segundos tratam da inadequação que ocorre quando as transações não seguem o plano projetado; o custo oriundo da barganha se esforços bilaterais são feitos para adaptar a relação contratual; os custos de estabelecimento e de execução associados às estruturas de governança às quais as disputas são referidas; por fim, os custos de efetivação dos compromissos assumidos.

Segundo o autor, ambas as formas de custos de transação são interdependentes e devem ser tratadas simultaneamente, sendo também difíceis de quantificar.

Para Robert Cooter e Thomas Ulen, os custos de transação são os custos para o intercâmbio e se dividem em três espécies: custos de busca; custos de arranjo ou acordo; e custos de execução¹⁴².

Os custos de busca estão relacionados ao encontro de um interessado em realizar uma transação econômica para o intercâmbio; alguém que deseje comprar o que se está vendendo ou vender o que se deseja comprar. Esses custos tendem a ser elevados quando se procura ou vende produtos peculiares e baixos quando se procura ou se oferece produtos comuns.

Os custos de acordo dizem respeito à negociação e estão relacionados à informação para as tratativas. Afirma que a informação é “pública” quando as partes conhecem os valores de ameaça de um lado e de outro o da solução cooperativa para conclusão do negócio. Ao contrário, há informação “privada” quando uma das partes

¹⁴¹ WILLIAMSON, Oliver. E. *Op. cit.*, p. 15-18.

¹⁴² COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 120-124.

conhece algum desses valores sem que a outra saiba. Em geral, dizem, a informação pública facilita o acordo, permitindo que as partes calculem condições razoáveis para a cooperação. Em consequência, as negociações tendem a ser simples e fáceis quando a informação acerca dos valores de ameaça e de solução cooperativa é pública. A informação privada, outrossim, impede¹⁴³ a negociação porque grande parte deve se converter em informação pública antes que se possa calcular condições razoáveis para a cooperação¹⁴⁴.

A terceira espécie de custo de transação se refere aos custos de execução do acordo celebrado. Esses custos são maiores à medida que se protraem no tempo. Quando há a compra e venda à vista o custo de execução, no mais das vezes, é baixo. Entretanto, quando se concede prazo para cumprimento, surgem os custos de monitoramento da obrigação e a necessidade de castigos e onerosidades em razão de violações¹⁴⁵.

Ainda sobre custos de transação, dissertam Giulio Napolitano e Michele Abrescia:

Si intendono i costi negoziali dati dall'insieme degli ostacoli materiali, fattuali e giuridici agli atti volti allo scambio e alla disposizione delle risorse. Vi rientrano, ad esempio, i fattori che possono impedire agli interessati di identificare i contratti che essi avrebbero convenienza a stipulare sino a quelli che possono rendere difficile il controllo sulla puntuale esecuzione degli obblighi posti a carico delle parti. Pertanto, sono riconducibili alla categoria dei costi di transazione anche quelli derivanti dalla razionalità

¹⁴³ “las negociaciones para la venta de una casa implican muchos problemas de financiamiento, cronología, calidad y precio. El vendedor de una casa sabe mucho más que el comprador acerca de los defectos ocultos del inmueble, y el comprador sabe mucho más que el vendedor acerca de su propia capacidad para obtener financiamiento. Cada uno de ellos trata de averiguar estos hechos del otro en el curso de las negociaciones. Hasta cierto punto, las partes pueden estar en disposición de divulgar alguna información. Pero pueden sentirse reacios a divulgarla toda. La participación de cada parte en el excedente cooperativo depende, en parte, de que alguna información se mantenga privada. Pero la celebración del arreglo requiere que alguna información se haga pública. El equilibrio de estos estirones conflictivos es difícil y potencialmente costoso.” (COOTER; ULEN, *Op. cit.*, p. 122).

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 122.

¹⁴⁵ “Consideremos el caso anterior, en el que Bloggs desea drenar un pantano de su propiedad para desarrollarlo como área residencial. Supongamos que el municipio le permite construir en una pequeña parte del pantano, a condición de que no dañe el resto. Algunos funcionarios deberán vigilarlo para asegurarse de que cumple su promesa. Además, los funcionarios podrían requerir que Bloggs otorgue una fianza, la que será confiscada si daña el resto del pantano y devuelta si completa la construcción sin haber daño. En general, los costos de la ejecución serán bajos cuando las violaciones del acuerdo puedan observarse fácilmente y la administración del castigo sea barata” (*Idem, ibidem*, p. 123.)

limitata entro cui operano gli individui e quelli causati dall'opportunismo, cioè dal comportamento egoistico degli attori economici.¹⁴⁶

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi afirmam que os custos de transação compreendem cinco atividades até que se efetive um negócio. Em primeiro lugar, existe a busca de informação por compradores ou vendedores, sobre o comportamento deles, sobre qualidade e preço da coisa; em um segundo momento, passa-se à negociação e ao acerto das condições do negócio; por terceiro, a necessária formalização do contrato, com registro nos órgãos competentes, se for o caso; a quarta atividade é o monitoramento entre as partes para que verifiquem se o pactuado está sendo cumprido; por quinto e último lugar, ganha relevo a atividade de cumprir o contrato, cobrar pelo seu descumprimento ou recuperar direitos de propriedade violados.¹⁴⁷

Oliver Williamson afirma que os custos de transação devem ser considerados em um contexto amplo do qual são parte. Nesse sentido, alguns aspectos devem ser destacados: a natureza dos bens ou serviços e sua quantidade; a forma da coisa ou do serviço a ser prestado, que influenciam na demanda ou no custo da relação; o contexto social, por exemplo, costumes, maneiras e hábitos, que também tem seu peso¹⁴⁸.

A economia dos custos de transação, por sua vez, para ser melhor compreendida, exige a compreensão acerca de seus pressupostos.

Em primeiro lugar, a utilização do sistema de preços apresenta custos, sendo que para o sistema econômico são relevantes tanto as relações contratuais formalizadas no mercado, quanto aquelas dentro das instituições. Em segundo lugar, as operações econômicas são realizadas em um ambiente que não é neutro, ou seja, as instituições influenciam nos custos das transações.

Acerca do conceito de instituição, Douglas North afirma que se trata da estrutura humana que define aspectos políticos, econômicos e sociais. Consiste em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta), e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Aduz que ao longo da história, as

¹⁴⁶ NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 24.

¹⁴⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 19-22.

instituições foram desenvolvidas para criar ordem e reduzir a incerteza nas trocas. Agem juntamente com as limitações normais da economia que definem as escolhas e, portanto, determinam os custos de transação e de produção, a rentabilidade e viabilidade de desenvolvimento da atividade econômica. As instituições evoluem, ligando o passado com o presente e o futuro; a história, em consequência, é uma grande história da evolução institucional na qual o desempenho das economias só pode ser entendido como uma parte de um processo sequencial. As instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia; elas moldam a direção da mudança econômica para o crescimento, estagnação ou declínio¹⁴⁹.

Oliver E. Williamson diferencia o âmbito das instituições em dois campos: o ambiente institucional – que identifica como “as regras do jogo” – e as instituições de governança – com caráter mais microanalítico. Destaca as diferenças entre elas da seguinte forma: o ambiente institucional em regra define as instituições de governança; em segundo lugar, o nível de análise é diferente, porque o ambiente institucional diz respeito a questões como a composição para o crescimento econômico ou como a renda deve ser distribuída, enquanto a segunda espécie refere-se a questões mais mundanas, como se determinada como uma peça deve ser feita ou comprada quando se produz um veículo, por exemplo. Para o autor, a Economia dos Custos de Transação trabalha com um ambiente institucional dado, de modo que os agentes devem adaptar suas estruturas de governança para conseguir ganhos econômicos.¹⁵⁰

Voltando aos custos de transação, dois pressupostos comportamentais merecem destaque: o oportunismo e a racionalidade limitada. Estes dois pressupostos foram abordados por Oliver Williamson em sua primeira obra – *Markets and Hierarchies*.

O oportunismo é uma extensão da concepção convencional de que o agente econômico é guiado pelas considerações de auto-interesse para desenvolver um comportamento estratégico. A manipulação estratégica de informação ou a depuração das intenções devem ser consideradas como comportamentos oportunistas e tem

¹⁴⁹ NORTH, Douglass C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, No. 1, 1991, pp. 97-112, p. 97.

¹⁵⁰ WILLIAMSON, Oliver. E. *Op. cit.* p. 4-5.

significado para uma comparação institucional a fim de se adotar um modelo organizacional adequado para cada transação¹⁵¹.

Quanto à racionalidade limitada, entende que envolve limites neurofísicos, de um lado, e limitações linguísticas de outro. Os limites físicos assumem a forma de restrição às capacidades dos indivíduos para receber, armazenar, recuperar e processar informações sem erro. As limitações de linguagem se referem à inabilitação dos indivíduos em transmitir seu conhecimento ou sentimento com o uso de palavras, números ou gráficos de maneira que permita aos demais compreendê-los¹⁵².

Para Williamson, embora seja instrutivo e uma grande comodidade analítica supor que os agentes têm a capacidade de formular contratos abrangentes *ex ante* (com ou sem informação privada), a condição da racionalidade limitada impede isso. Todos os contratos formulados são incompletos. Assim, o momento *ex post* – no sentido de em execução – de um contrato assume especial importância econômica. O estudo das estruturas que facilitam o preenchimento de lacunas (*gap filling*), a solução de controvérsias, adaptação e similares, assim, torna-se parte do problema da organização econômica. Considerando que essas instituições desempenham um papel central no sistema dos custos de transação, são ignoradas (na verdade, suprimidas) pela ficção de contratação abrangente *ex ante*.¹⁵³

A racionalidade limitada e o descompasso informacional entre os agentes econômicos é um tema largamente tratado pela Nova Economia Institucional e influencia diretamente na análise das relações empresariais, porque operacionalizadas, em regra, por contratos.

Os neoinstitucionalistas afirmam que a racionalidade limitada é um dado e a forma de se dirimi-la é por meio da organização e das estruturas de governança.

Determinadas conclusões foram abordadas neste tópico da Nova Economia Institucional para auxiliar nos capítulos seguintes, especialmente para que se possa sugerir adequações na jurisdição e no processo de acordo com os aspectos dos conflitos empresariais – que possuem cunho eminentemente econômico.

¹⁵¹ WILLIAMSON, Oliver E. **Market and Hierarchies**. New York: The Free Press, 1975, p. 26-27.

¹⁵² *Idem, ibidem*, p. 21-27.

¹⁵³ WILLIAMSON, Oliver. E. *Op. cit.* p. 56.

2.4.1 Prosseguindo: a Economia Comportamental e a assimetria informacional

Além da Nova Economia Institucional, outras correntes econômicas abordaram o tema da racionalidade limitada de forma menos prospectiva e mais analítica, apresentando outros instrumentos que são utilizados pelo agente econômico para permitir a tomada de decisões mesmo sob ausência de informação ótima, o que importa para a presente tese, na medida em que tanto litigar, quanto permanecer no litígio, são posturas que geram consequências econômicas.

O comportamento racional no modelo neoclássico pode ser sintetizado nos seguintes tópicos: em primeiro lugar, pressupõe-se que todo indivíduo tenha preferências consistentes e bem definidas, não as mudando arbitrariamente; todo indivíduo sempre busca uma quantidade maior de um bem em razão do axioma da ganância; quanto maior a quantidade de determinado bem que o agente possua, menor sua vontade de dispor para obter um segundo bem; todo agente busca o máximo de satisfação e lucro possíveis.¹⁵⁴

Stephen E. G. Lea, Roger M. Tarpy e Paul Webley não descartam a importância do critério da racionalidade para o desenvolvimento da pesquisa científica econômica, contudo, entendem que se trata de apenas um dos objetos que devem ser analisados para se avaliar o comportamento do agente econômico.¹⁵⁵

A partir do conceito de “modelo” como método de interpretação do comportamento humano, entende-se a importância do reducionismo neoclássico, considerando a conjuntura histórica em que se desenvolveu.

Outrossim, importante destacar a própria finalidade de um modelo, que não é retratar de forma absolutamente perfeita a realidade, complexa como tal. Entretanto, a partir do desenvolvimento das demais ciências humanas e biológicas, a inserção de outros elementos e a comunicação dessas observações entre as ciências – a chamada interdisciplinariedade – conduz a conclusões talvez mais reais e modelos mais adequados ao cotidiano.

¹⁵⁴ FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia econômica: como o comportamento econômico influencia nas nossas decisões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 44.

¹⁵⁵ LEA, Stephen; TARPY, Roger M.; WEBLEY, Paul. **The individual in the economy: a survey of economic psychology**. Cambridge: University Press, 1987, p. 130.

A partir disso, a busca de dados de outras ciências para a elaboração de modelos mais adequados à realidade e ao comportamento humano, aos poucos foi se inserindo entre os economistas tradicionais – aqui entendidos como os neoclássicos – os elementos e conclusões psicológicas sobre o comportamento humano. Isso resultou na vertente científica conhecida como a Economia Comportamental ou Psicologia Econômica.

Uma das mais simples constatações – que até poderia ser instintiva, porém que ainda não estava sistematizada cientificamente – é a observação do comportamento do ser humano em duas frentes: uma automática e outra reflexiva. A forma automática ou reflexiva de agir é algo não desconhecido dos neoclássicos, mas que, talvez, tenha sido considerada um dado não relevante para as ciências econômicas até então.

O modelo neoclássico pretendia aplicação ao número maior de situações, aquelas em que havia racionalidade – ou reflexão – deixando de lado as questões automáticas – instintivas. Entretanto, interessantes conclusões surgiram a partir da interação das duas ciências, a Economia e a Psicologia, fundando esse ramo híbrido de estudo.

De acordo com Vera Rita de Mello Ferreira, a Economia Comportamental pode ser entendida como um meio de compreender a experiência humana e o comportamento dos agentes em contextos econômicos, a partir de modelos econômicos descritivos ao invés de normativos, como faz a Economia Neoclássica¹⁵⁶.

O objeto dessa Escola econômica foi tentar explicar o comportamento do agente, considerando sua forma de reagir a partir das situações reais cotidianas, e não apenas com base em um modelo de racionalidade estrita.

Considerar o agir reflexivo e o automático também pode trazer conclusões relevantes para a análise econômica, é o que pensam os autores dessa corrente.

O conhecimento sintetizado pela Economia Comportamental gerou interessantes resultados, como a enunciação das heurísticas comportamentais e as suas distorções, também chamadas de vieses. No mais das vezes, a decisão entre a composição amigável ou a propositura da demanda judicial está relacionada a uma tomada de decisão baseada em um viés, ou seja, uma falsa percepção da realidade adotada em razão de um atalho no momento de decidir. Identificar vieses na litigância

¹⁵⁶ FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Op. cit.* p. 43.

empresarial parece ser uma tarefa profícua para o pesquisador que pretende a eficiência em termos jurisdicionais.

Sendo a assimetria informacional um dado, os adeptos da Economia Comportamental passaram a observar que a falha de informação poderia ser – e é – suprida pelo que se chama de heurísticas ou, em outras palavras, regras automáticas de decisão, baseada nos mais diversos critérios, e que não decorrem do sistema reflexivo do ser humano.

Sobre o conceito da heurística para a Teoria Comportamental, Fernando Araújo identifica atalhos que minimizam os custos de processamento e de inferência, considerando os dados informativos disponíveis. A decisão substancialmente ótima em abstrato pode ficar comprometida quando analisado o custo ínsito na obtenção e processamento de informação, fazendo com que o sujeito, por questão de celeridade, valha-se de heurísticas para tomar sua decisão econômica¹⁵⁷.

Se as heurísticas têm uma função importante no comportamento do agente econômico, pois representam um atalho na tomada das decisões, essas regras de experiência, podem gerar entendimentos distorcidos sobre a realidade, provocando resultados não desejados: são os vieses decorrentes das heurísticas.

A heurística da disponibilidade (*availability heuristic*) determina que o agente calcule probabilidades e esperanças de ganho com base apenas na informação de que dispõe imediatamente, ou seja, a que está instantaneamente acessível na sua imaginação ou na sua memória.

Nas palavras de Daniel Kahneman e Amos Tversky, há situações em que as pessoas avaliam a frequência ou a probabilidade de um evento pela facilidade com que as ocorrências são trazidas à mente¹⁵⁸.

Assim, o agente passa a dar mais peso às suas experiências pessoais, supervalorizando as informações mais impressionantes e menosprezando as menos notáveis.

A heurística da disponibilidade possibilita explicar comportamentos relacionados a riscos, abrangendo decisões tanto públicas quanto privadas no que tange

¹⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 310.

¹⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 11.

à tomada de precauções. Esse efeito ou heurística induz o agente a ficar em inércia em relação a suas possessões, isto é, se houver temor de sofrer perdas, haverá rejeição de transações que potencialmente poderiam causá-las.

Acerca do chamado efeito de dotação (*endowment effect*) Fernando Araújo o define como uma sobrevalorização do que é próprio em detrimento daquilo que é do alheio, o que explica porque a dificuldade do encontro do preço comum na negociação pode ser geralmente sentida.¹⁵⁹

Esse viés faz com que os agentes busquem a manutenção do seu *status quo* e, via de consequência, gere-se a ideia de estagnação e manutenção. Conforme se verá em capítulo à frente, tal comportamento vai de encontro à ideia do agir racional para maximizar riquezas, que pressupõe agentes livres e em busca de novos ganhos, inviabilizando, por exemplo, a realização de composições em lides.

A heurística do enquadramento, também conhecida como sequência de apresentação – *framing effect* – consiste na forma de se apreender os fatos condicionando-se à percepção dos eventos ou argumentos na ordem em que são apresentados.

A heurística de ancoragem ocorre quando, diante da ausência de informações precisas sobre determinado fator, o agente vale-se de dados de seu conhecimento como critério para sua estimativa. O viés de tal heurística decorre da falta de calibração adequada dos parâmetros de referência, resultando em resultados excessivamente distorcidos da realidade, bem como opiniões paradoxais entre agentes com âncoras muito diferentes.

A heurística da semelhança, também conhecida como da representatividade, decorre da ideia de classificação de um objeto pelas suas características com algum estereótipo de conhecimento do agente.

De acordo com Daniel Kahneman e Amos Tversky, a *representativeness heuristic* é o julgamento subjetivo de que determinado evento incerto pode ocorrer em maior probabilidade quando houver mais semelhanças com situações já conhecidas ou haja mais identidades com um processo já ocorrido. Em síntese, “our thesis is that, in many situations, an event A is judged more probable than an event B whenever A

¹⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 313.

appears more representative than B. In other words, the ordering of events by their subjective probabilities coincides with their ordering by representativeness”¹⁶⁰.

A desconsideração do risco e o otimismo irreal são duas heurísticas relacionadas. Para Fernando Araújo, a desconsideração do risco decorre tanto em razão da incapacidade de detecção ou avaliação dos parâmetros negociais para se constatar a existência de risco (*faulty risk-estimate faculties*), quanto por dificuldade de lidar com os riscos remotos – geralmente desconsiderados – como também em razão de um otimismo infundado, oriundo de um excesso de confiança (*overconfidence bias* ou *self-serving bias*), que impele o agente a não considerar riscos de baixa probabilidade de ocorrência¹⁶¹.

Para finalizar essa lista exemplificativa de conclusões elaboradas pelos adeptos da Economia Comportamental, pode ser citada uma heurística conhecida como ignorância racional ou efeito de boleia. Configura-se como um comportamento de se seguir sem qualquer crítica uma conduta então predominante, a fim de se poupar na obtenção de custos de informação¹⁶². Alan Schwartz e Louis L. Wilde desenvolveram estudo acerca do comportamento do consumidor na obtenção de informação no mercado e destacaram que geralmente, no momento da aquisição, considerando a concorrência imperfeita como um dado, o consumidor promove a pesquisa de preços e soma a isso o exemplo pessoal ou de outros para tomar a decisão de adquirir. Ou seja, embora não tenha a plena convicção de que a decisão é a melhor, a busca da informação perfeita – mesmo que possível – seria excessivamente dispendiosa, de forma que no momento da decisão contenta-se em moldar-se à decisão de outrem somando a isso suas experiências pessoais¹⁶³.

Com efeito, as influências da Economia Comportamental estão sendo paulatinamente sentidas pelo Direito.

Christine Jolls, Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler apresentam um comparativo entre a Análise Econômica do Direito e uma proposta de Análise Econômica do Direito baseado em premissas comportamentais. Para os autores, a tarefa

¹⁶⁰ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Subject probability: a judgement of representativeness. In: **Judgment undes uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 33.

¹⁶¹ ARAÚJO, Fernando. *Op.cit.* p. 312.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 313.

¹⁶³ SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis L. Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis. In: **Faculty Scholarship Series**. Paper 117. 1979, p. 647.

da Análise Econômica do Direito tradicional¹⁶⁴ é determinar as implicações de do comportamento racional maximizador dentro e fora dos mercados e outras instituições na medida em que relevantes para o Direito. Já a função da Análise Econômica do Direito Comportamental (*behavioral law and economics*) é explorar as implicações do comportamento (não hipotético) humano real para o Direito, diferindo *real people* do *homo economicus*¹⁶⁵.

Os autores afirmam que a vertente comportamental passou a inserir em seus modelos de análise três formas de limitação em relação às premissas do seu predecessor:

Bounded rationality, a term first introduced by Herbert Simon, refers to the obvious fact that human cognitive abilities are not infinite. We have limited computational skills and seriously flawed memories. People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimizing the sum of decision costs and error costs. To lead with limited memories we make lists. To deal with limited brain power and time we use mental short-cuts and rules of thumb. But even with these remedies, and in some cases because of these remedies, human behavior differs in systematic ways from that predicted by the standard economic model of unbounded rationality. (...) A second bound on human behavior is bounded willpower. This term refers to the fact that human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests. (...) Finally, we use term bounded self-interest to refer to an important fact about the utility function of most people: people generally care, of act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances¹⁶⁶.

Importante observar que a Análise Econômica do Direito tradicional não leva em consideração o fato, por exemplo, de o agente agir contra o seu interesse egoístico de maximização pelo simples fato de desejar atuar em benefício de terceiros,

¹⁶⁴ “Entendemos que a Análise Econômica do Direito mencionada pelos autores deve ser tomada como conceito único que apresenta, entretanto, várias nuances, podendo ser definida como um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos “valor”, “utilidade” e “eficiência”. Segundo Paula A. Forgioni, “as expressões ‘Escola de Chicago’ e ‘Análise Econômica do Direito’ [‘AED’] são utilizadas de maneira excessivamente ampla, de forma que, sob o mesmo rótulo, abrigam-se visões diversas entre si. [...] Frequentemente, as expressões [AED e Escola de Chicago] vêm empregadas como sinônimas, referindo-se ao movimento de vários teóricos ligados àquela Universidade”. Entretanto, fato é que há sensíveis diferenças entre os teóricos geralmente elencados em conjunto, inclusive porque a Universidade de Chicago é uma dentre as várias escolas e centros de estudo do tema ao redor do mundo atualmente.” (FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? In **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, nº 77, maio/junho 2006, p. 36).

¹⁶⁵ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, in **Law & Economics Working Paper**, n. 55, Chicago: Law School, p. 6.

¹⁶⁶ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *Op. cit.* p. 7-9.

como, talvez, desejasse que agissem consigo. São premissas novas e polêmicas para os adeptos da escola tradicional.

Para Fernando de Araújo, essa interação da Economia Comportamental com a proposta de uma Análise Econômica do Direito resultou na *Behavioral Decision Theory* – uma nova denominação do fenômeno acima exposto:

A Behavioral Decision Theory procura responder de resto a uma necessidade sentida do próprio lado da ciência jurídica, à qual alguns dos contributos pioneiros da Law and Economics, não obstante a inegável fertilidade e os impecáveis pergaminhos interdisciplinares, soavam demasiado estreitos e irrealistas, demasiado enfeudados na lógica utilitarista da análise de bem-estar; trata-se de admitir no âmago da teoria a constatação muito singela de que a configuração psicológica dos agentes econômicos não se compadece com o mecanismo maximizador – tão insistentemente e monotonicamente realçado que quase se tornava caricatural. Nesse aspecto, a Behavioral Decision Theory, ultrapassadas algumas reservas quanto à sua base experimental, veio, juntamente com outras, enriquecer o retrato do decisor jurídico e econômico, embora os seus contributos sejam inevitavelmente lacunares eles próprios (dada a heterogeneidade dos sujeitos e a inesgotável variedade de motivações subjetivas) e não haja ainda uma síntese teórica a assegurar alguma hegemonia em todos estes ‘enriquecimentos psicológicos’ da Teoria do Contrato. Na sua formulação mais esquemática, agirmos racionalmente é desenvolvermos uma conduta deliberadamente cingida a razões irrefutadas – e abstermo-nos de desenvolver essa mesma conduta sempre que ocorra uma única razão para isso, uma razão contrária à deliberação inicial – devendo em todo o caso perceber-se que, como não somos autômatos programados e deterministas, as razões para agirmos não coincidem necessariamente com as razões que encontraremos para validarmos os nossos actos, pois de outro modo não teríamos uma margem de arbítrio que nos permitisse errarmos, mesmo quando dispuséssemos de razões para agir. É este modelo de agente racional que tem cedido perante a constatação da racionalidade limitada e de uma coleção vasta de efeitos que distorcem a percepção e a elaboração de dados: excessos de credulidade, efeitos de dotação e de framing, e muitos outros¹⁶⁷.

Trata-se da busca por uma Análise Econômica do Direito a partir de um modelo mais refinado, ou seja, partindo de premissas mais adequadas à realidade.

¹⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.* p. 308-309.

2.5 DAS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS SOBRE A LITIGÂNCIA EMPRESARIAL

O que se pretendeu demonstrar ao longo deste capítulo foi que a relação entre a Economia e o Direito Comercial é mais íntima do que o olhar comum faz supor. Talvez uma das relações umbilicalmente mais fortes entre um ramo do Direito e uma Ciência Social.

José Reinaldo de Lima Lopes destaca, aliás, que foi apenas em meados do século XVIII, com os fisiocratas franceses e também com Adam Smith, que Direito e Economia se reconheceram como distintas e autônomas, embora tenham tido uma origem comum: a ética e a política. A intersecção entre as duas disciplinas das ações humanas dá-se pelo reconhecimento de que a vontade do agente pode ser constringida, seja pelos deveres jurídicos, seja pelas necessidades materiais¹⁶⁸.

Reconhecida a origem comum e a semelhança científica, postos lado a lado o economista e o comercialista, é fato que se ocuparam do mesmo fenômeno ao longo do tempo, cada qual a seu modo, mas sem que cada um pudesse desconsiderar as conclusões do outro.

Do ponto de vista econômico, é de se destacar que as abordagens do século XX, especialmente as neoinstitucionalistas, passavam pela análise do sistema jurídico vigente como um componente do ambiente institucional.

É nessa linha que se pretende adotar as conclusões neoinstitucionalistas sobre o conceito de firma, os aspectos da Economia dos Custos de Transação, assim como as concepções de heurísticas e vieses advindas da Economia Comportamental, todas relacionadas à forma como o agente econômico toma decisões, pois são um forte instrumental para se analisar o fenômeno da litigância empresarial.

Neste ponto, válido citar novamente José Reinaldo de Lima Lopes que destaca que o Direito e a Economia distanciaram-se quando esta passou a tratar dos processos decisórios, enquanto aquele se concentrou em uma teoria descritiva da norma, relegando a decisão para o aspecto irracional. De acordo com ele, é necessário

¹⁶⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: **Agenda contemporânea: Direito e Economia: trinta anos de Brasil**, tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima, coord. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233-234.

desenvolver uma nova forma de compreender o Direito, voltando a refletir sobre a tomada de decisão segundo regras, o que não é o habitual e dominante ao se fazer a teoria jurídica contemporânea¹⁶⁹.

Com efeito, a empresa é uma organização – na qual são tomadas decisões baseadas no ambiente institucional –, moldada sobre determinada estrutura de governança, cujo objetivo é dirimir os custos de transação.

Segundo Rachel Sztajn, a concepção de firma para os neoinstitucionalistas resume-se a organizações que criam bens a partir de insumos, apresentando uma estrutura de feixe de contratos¹⁷⁰, pelo qual organiza a produção e distribuição desses bens nos mercados. De acordo com a autora, o que melhor define a firma “é a substituição das trocas econômicas, típicas das estruturas de mercado, pela coordenação entre agentes sob a supervisão do empresário que recebe o valor residual, isto é, o remanescente líquido produzido pela operação depois de remunerados os demais fatores da produção”¹⁷¹. Recentemente, a teoria da firma relacionada à questão contratual tem passado por reformulações e sugestões, como ocorre com aqueles que sugerem a firma como forma de solução para os problemas gerados por contratos incompletos¹⁷².

Sendo o contrato a base da existência da empresa, os conflitos de interesses também são ínsitos à sua natureza e a decisão sobre como compô-los importa ao Direito.

¹⁶⁹ SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*, p. 235-236.

¹⁷⁰ “Traduza-se melhor esse conceito de ‘feixe de contratos’. Na verdade, ao organizar uma determinada atividade empresarial na busca de lucros, o titular da empresa (empresário ou sociedade empresária) precisará recorrer a instrumentos jurídicos aptos ao alcance de tal objetivo. Estes são, fundamentalmente, os diversos tipos de contratos: o contrato por meio do qual será constituída a sociedade empresária titular da atividade; contratos de compra e venda; de trabalho; de prestação de serviços; de locação mercantil; de franquia; de faturização; de financiamento; de conta corrente bancária; de seguro; etc. A utilização dessa miríade de contratos levará muitas vezes, em um segundo momento, ao recurso aos títulos de crédito, como instrumentos para a execução daqueles acordo (cheques, duplicatas, letras de câmbio, conhecimento de depósito/warrants, conhecimentos de transporte etc.)” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Op. cit.* p. 169.)

¹⁷¹ SZTAJN, Rachel. *Op. cit.* p. 191.

¹⁷² “in discussing the limits of firm organization we have heavily advertised the incomplete contracting paradigm and the attendant idea of allocating residual decision rights via ownership. It is the only approach we have seen that succeeds in resolving the selective intervention puzzle raised by Williamson. Obviously, the incomplete contracting framework is not in itself a theory of the firm or its limits. It is merely a tool – na extremely useful one – for articulating, in a clear and consistent way, specific hypotheses about the determinants of firm size.” (HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. **The theory of the firm**. In Handbook of Industrial Organization, volume I, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, London: Elsevier Science Publishers B.V., 1989, p. 78.)

Assim, a estrutura judiciária – como *locus* primordial para solução das lides empresariais – pode ser vista como um dos componentes mais importantes do ambiente institucional negocial e elemento que influi na tomada de decisão empresarial.

As estruturas de governança e a organização das firmas podem ser diretamente influenciadas pela maior ou menor eficiência do Poder Judiciário como instituição¹⁷³. Quanto maior for a segurança jurídica que emanar da atividade jurisdicional, provavelmente menor será o interesse de se hierarquizar dentro de uma mesma estrutura funções empresariais complementares.

Outrossim, a eficiência no cumprimento das decisões judiciais gera impactos diretos nas negociações como mais um custo de transação, ou seja, no momento da contratualização pondera-se o risco da operação diante da capacidade de *enforcement* da relação em caso de descumprimento.

As estruturas contratuais de salvaguarda também estão diretamente relacionadas à efetividade de se solver um conflito contratual.

A reforma da legislação acerca do contrato de locação de bens imóveis, em que o legislador condicionou uma prestação jurisdicional mais célere, mediante medida judicial liminar de desocupação, ao contratante que não estivesse contemplado por garantia é um valioso exemplo¹⁷⁴. Nesse caso, foi o próprio sistema jurídico positivo que promoveu uma diminuição do custo de transação com salvaguardas contratuais ao conceder aos credores que não as exigirem um benefício processual.

Já no que tange à estrutura e finalidade do processo, pode apresentar uma função mais abrangente do que mera forma de coação para o cumprimento das obrigações, mas também ser adaptado à realidade da incompletude contratual, sendo antes instrumento para a composição dos contratantes, o que vai de encontro à realidade do Poder Judiciário hoje instalado.

¹⁷³ Esse é um dado que pode ser considerado no cálculo empresarial ao lado de inúmeros outros fatores como as questões tributárias, a intervenção estatal em defesa da concorrência, etc.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei Federal nº 8245 de 18 de outubro de 1991:
Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.
§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:
(...)
IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

Outro dado válido a ser ponderado nas seções seguintes é a questão da assimetria informacional, que além de ocorrer entre os contratantes, também se verifica entre os litigantes, o que provoca, no mais das vezes, a impossibilidade de conciliação entre as partes, conforme será examinado.

Ademais, os vieses comportamentais podem gerar fenômenos como a litigância frívola – uma falsa percepção da realidade, impedindo que o litigante mensure que o resultado a ser obtido é menor que o custo para se demandar – e também impedir a realização de acordos, quando as partes apresentam otimismo exacerbado e irreal ou em razão de heurísticas como as da semelhança, disponibilidade, ancoragem ou dotação. Todas estas constatações devem influenciar na forma como o processo deve ser estruturado e como a jurisdição deve atuar nos conflitos empresariais.

O fato é que todas essas constatações são oriundas da avaliação sobre o modo como o agente econômico toma suas decisões. Uma Análise Econômica do Direito com cunho normativo pode adotar as premissas comportamentais acima examinadas para gerar modelos cujo objetivo seja a eficiência. É essa a pretensão da presente tese.

3 A JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

3.1 INTRODUÇÃO

Como se buscou demonstrar no primeiro capítulo, do ponto de vista histórico, a questão jurisdicional está diretamente relacionada à gênese do direito comercial. Mais exatamente, foi a ausência de um poder jurisdicional suficientemente consolidado na Idade Média, bem como a necessidade de especialização, que fez com que surgissem os Tribunais Consulares.

Mais tarde, já com o advento dos Estados Nacionais e com a Idade Moderna, os Tribunais do Comércio foram criados com a finalidade precípua de dirimir os conflitos comerciais. Contudo, a sucessão entre o paradigma do *comerciante* pelo do *empresário* fez com que a questão jurisdicional ficasse de lado, haja vista que o foco passou a ser outro: a identificação das novas premissas do direito empresarial em relação à coletividade, ou seja, a evolução de um direito estritamente individualista para outro que deveria estar em sintonia com os ditames sociais e econômicos de Estados intervencionistas.

O interesse pela jurisdição especializada, portanto, arrefeceu em prol de uma melhor identificação do objeto, princípios e fronteiras do direito empresarial. Entretanto, com o atual grau de desenvolvimento da economia e com o amadurecimento das instituições, entende-se aqui ser possível e mesmo necessário se defender a ideia de uma “reinauguração” da jurisdição empresarial.

Várias são as premissas que justificam a defesa de tal proposição, as quais serão analisadas mais adiante. Contudo, não basta a coerência sistemática dos argumentos para que a tese da jurisdição empresarial se justifique. Antes, faz-se necessária a análise conjuntural do contexto jurisdicional e empresarial brasileiros, para se atestar ou não a necessidade da proposta.

3.2 A NECESSIDADE DE REDISCUSSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Giuseppe Chiovenda define a jurisdição como a

Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva¹⁷⁵. O autor destaca que a jurisdição é exclusivamente uma função do estado, mais especificamente, uma função da sua soberania¹⁷⁶.

Para Athos Gusmão Carneiro, a jurisdição é “o poder (e o dever) de declarar a lei que incidiu e aplicá-la, coativa e contenciosamente, aos casos concretos”¹⁷⁷.

Piero Calamandrei indica a evolução do conceito da jurisdição que, inicialmente, era essencialmente, mediadora, para um meio de defesa da lei:

Esta gradual tendência da função jurisdicional de se transformar de *atividade mediadora* que intervém somente quando tenha que dirimir em defesa da paz social, um conflito de interesses individuais, em *atividade de controle jurídico*, que, mesmo quando coincidam os interesses individuais, intervém em defesa da lei, como trâmite necessário a fim de que a satisfação e a mesma colaboração dos interesses individuais possa se realizar somente de um modo conforme o direito, é um dos fenômenos mais característicos e mais significativos dos ordenamentos jurídicos contemporâneos¹⁷⁸.

Para o autor, o conceito de jurisdição deve ser ampliado, prescindindo mesmo da existência de lide para que haja a atuação da jurisdição, seja para pacificação social, seja para defesa do interesse da lei¹⁷⁹. Não tratando da jurisdição, mas sim do processo e de sua finalidade, afirma Francesco Carnelutti que se trata de “um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja *justa e certa*”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 8.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 9.

¹⁷⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

¹⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**, vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p. 150.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 150.

¹⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, vol. I, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 72.

Acerca dos primeiros institutos da jurisdição e processo, os autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem a jurisdição como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”¹⁸¹.

A análise das definições acima apontadas destaca a função de pacificação social desempenhada pela jurisdição. Portanto, havendo o conflito, não importando de qual natureza seja, deve a jurisdição estar à disposição do cidadão, sem analisar o conteúdo e relevância da lide.

Essa é a posição clássica acerca da jurisdição e a análise crítica desse instituto está sempre voltada para a oferta e acesso e, raramente, leva-se em conta a demanda em si, vale dizer, qual é a espécie de necessidade jurisdicional que a sociedade, *lato sensu*, precisa; ademais, se seria possível classificar as demandas privadas e, em caso afirmativo, se seria conveniente ou necessário adaptar-se o serviço público jurisdicional para cada uma das espécies identificadas; dentre outros possíveis questionamentos até hoje não suficientemente formulados ou mesmo delimitados.

Uma abordagem que se propõe seria classificar as relações privadas a partir do interesse ou valor preponderante, considerando, de um lado, aquelas que envolvem interesses públicos ou metaindividuais, ou seja, indisponíveis e, de outro, aquelas que versam sobre direitos disponíveis das partes.

As lides seriam divididas entre esses dois grupos. Por exemplo, ao se falar em contrato, é necessário localizar-se em qual especialidade do direito estaria localizado, porque a sua formação e interpretação variarão dependendo dos princípios que informam o ramo em que está localizado. Desse modo, o pacto de regime de bens tem natureza contratual e suas vicissitudes e peculiaridades derivam da realidade do direito de família. O contrato de consumo, regulado pela legislação consumerista, concede ao consumidor, em regra, um tratamento favorecido em relação ao fornecedor. O contrato de trabalho é orientado pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas e pela hipossuficiência presumida do trabalhador.

A partir da constatação de que no âmbito do direito material o mesmo instituto pode ser diferente, a ponto de merecer tratamento distinto, entende-se que

¹⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 19ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2003, p. 131.

quanto ao acesso à jurisdição, vale dizer, à prestação jurisdicional, deve haver uma atuação adequada a cada espécie de demanda.

Um conceito único de jurisdição que esteja calcado na promessa de pacificação social nem sempre atenderá aos interesses completamente distintos que institutos aparentemente idênticos ou semelhantes – v. g. o contrato – podem apresentar quando localizados dentro do ramo jurídico específico a que pertencem.

O sentido da expressão conceder o acesso ao aparato judicial para que este possibilite a aplicação da lei e, via de consequência, promova a pacificação social, portanto, deve variar de acordo com os valores jurídicos e sociais que informam cada lide.

A título de exemplificação, a pacificação social que deve ser concedida pela jurisdição em um conflito familiar deve levar em consideração o bem-estar dos filhos, os reflexos psicológicos de medidas processuais, a busca da verdade real acima da verdade formal, ficando em segundo plano a aplicação do rigorismo da legislação processual. A jurisdição atua a *vontade da lei*, como diziam os processualistas clássicos, quando o Juiz, nas lides familiares, coloca acima de tudo a dignidade da pessoa humana.

De outro lado, nos conflitos com conteúdo eminentemente econômico, a pacificação social se atinge, ao contrário, quando se prestigia a segurança jurídica. Assim, quando a jurisdição insere dados eminentemente subjetivos, psicológicos, na interpretação de negócios jurídicos empresariais, embora possa, para aquele caso concreto, ter gerado uma “solução justa”, a geração de um precedente de determinada espécie pode incentivar comportamentos oportunistas, gerando, assim, o efeito contrário.

Há de se considerar que há dois elementos distintivos fundamentais entre os dois exemplos dados: em primeiro lugar, o efeito individual da decisão judicial no primeiro caso e transindividual, no segundo; a natureza de direito indisponível no primeiro caso e disponível no segundo.

Nas lides que envolvem basicamente a controvérsia sobre fatos, a eficácia do precedente não tem grande valor, vez que a existência de casos idênticos é bastante improvável. O máximo que poderá ser invocado é a aplicação analógica, o que pode ser afastado pela indicação da peculiaridade do caso originário. Contudo, no caso de hipóteses fáticas idênticas, ou que se verificam muito semelhantes, como nas questões

contratuais bancárias, invocar dados específicos e subjetivos de determinada relação pode tornar o precedente imprestável se visto como solução ampla e geral, inserindo assim a incerteza e, conseqüentemente, um ambiente apto ao oportunismo.

Desse modo, a pacificação judicial promovida pela jurisdição deve levar em consideração o objeto e os efeitos individuais ou transindividuais¹⁸² do litígio.

Outrossim, a disponibilidade ou não do direito exige uma atuação diferenciada da jurisdição. Entende-se que, na maior parte dos casos, quando o interesse é disponível a jurisdição deve atuar antes como atividade mediadora; o acesso à justiça deve ser um dado e um custo a ser considerado na ponderação em trazer o conflito ao Estado ou não; de outro lado, quando a demanda versa sobre direito indisponível, socorrer-se da jurisdição não é uma opção, mas uma exigência. Aqui a jurisdição não intermedeia conflitos, mas sim os pacifica.

Portanto, é necessário entender a função jurisdicional a partir dessas considerações e premissas. Dependendo da relação jurídica, da indisponibilidade ou não do direito, a jurisdição terá atuações diferentemente, concretizando a “pacificação social” de forma distinta.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta que além de outras finalidades – como a realização do direito objetivo ou a pacificação social – o processo também deve satisfazer ao direito subjetivo, que considera ser um aspecto minimizado pela doutrina brasileira. Para o autor, a atividade judicial e o direito material envolvido estão intimamente ligados, pois “o processo está impregnado do direito material”¹⁸³.

O que se verifica no sistema jurisdicional vigente é que, com exceção das lides trabalhistas, cuja jurisdição especializada foi criada na vigência da Constituição de 1934 com efetiva regulamentação em 1941, a jurisdição privada brasileira é unificada e

¹⁸² Poder-se-ia traçar um paralelo, guardadas as devidas proporções, entre esse mencionado efeito transindividual da decisão judicial e o conceito de externalidade para a ciência econômica. A externalidade é uma das espécies de falha reconhecida por aqueles que não consideram o mercado como um ambiente institucional perfeito para a troca. Consiste justamente no fato de que nem sempre os custos da produção e seus benefícios são suportados e experimentados exclusivamente pelo produtor. Quando os custos também são arcados pela coletividade diz-se que há uma externalidade negativa; quando os benefícios transcendem à pessoa do produtor, diz-se que sua atividade gera externalidades positivas. A partir dessa ideia, um precedente judicial também pode gerar externalidades, ou seja, conseqüências externas à lide. É o que se toma pela nomenclatura de efeito transindividual no presente trabalho.

¹⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95.

atua sobre os conflitos particulares em geral e, em regra, tem a mesma concepção sobre a “pacificação social”, não levando em conta a espécie do direito material envolvido.

Tratar conflitos de natureza distinta com os mesmos instrumentos é um dos principais motivos pelos quais hoje há uma severa confusão acerca de institutos de mesma nomenclatura, mas com essências completamente diferentes.

A jurisdição trabalhista, especializada em determinada espécie de conflitos, já conseguiu desenvolver uma lógica de julgamento própria e adequada à realidade e à necessidade social das lides trabalhistas.

Não se pretende defender a criação de uma especialização jurisdicional cuja atuação estaria limitada à aplicação de determinado direito positivo. A partir da concepção dogmática da jurisdição, não se pode falar na limitação da matéria de direito que o juiz pode invocar para decidir determinada lide. O magistrado aplica o sistema jurídico vigente, todo ele, o que implica a possibilidade de dirimir os conflitos com base nas fontes de direito disponíveis e vigentes, seja o direito positivo, sejam os princípios, doutrina, costumes, não importando o ramo jurídico em que possam ser alocados.

A questão é a adequação de uma jurisdição que se especialize sobre determinada espécie de conflito, que desenvolva o sentido da empresa “pacificação social” para essas lides, e que se adeque, inclusive, para a questão da oferta do serviço jurisdicional de acordo com as necessidades dos litigantes.

Em outras palavras, é indispensável se investigar qual é a motivação dos litigantes e como deve a jurisdição tratar delas a fim de que o acesso amplo à justiça seja feito de forma substancial e não meramente formal.

A especialização da jurisdição empresarial vem ao encontro dessa necessidade ao permitir: o conhecimento da realidade empresarial, das questões técnicas que envolvem a ciência da administração, a identificação das lides empresariais, a invocação de seus princípios próprios, a definição do que e como se realiza a pacificação social e qual é a consequência dessa constatação para a dinâmica das relações entre os empresários.

Atualmente, ganha corpo um movimento para criação de um novo código comercial. O anteprojeto de lei nº 1.572/2011, proposto pelo Deputado Vicente Cândido, em justificativa apresenta três principais objetivos da propositura:

- Em primeiro lugar, reunir num único diploma legal, com sistematicidade e técnica, os princípios e regras próprios do direito comercial. É necessário constituir-se o microsistema do direito comercial, que, ao lado do microsistema do Código de Defesa do Consumidor, compõem o direito privado da atualidade. O Código Civil permanecerá como o diploma geral do direito privado;
- O segundo objetivo consiste em simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando o cotidiano dos empresários brasileiros. De um lado, a complexidade que atualmente caracteriza o direito comercial não contribui para a atração de investimentos. De outro lado, ela penaliza o micro e o pequeno empresário, impondo-lhes custos desnecessários. A complexa normatização da sociedade limitada, por exemplo, por ser este o tipo societário mais empregado no país, tem empurrado para a irregularidade diversas micro e pequenas empresas, que são as grandes criadoras de postos de trabalho no Brasil;
- O terceiro principal objetivo da propositura diz respeito à superação de lamentáveis lacunas na ordem jurídica nacional, entre as quais avulta a inexistência de preceitos legais que confirmam inquestionável validade, eficácia e executividade à documentação eletrônica, possibilitando ao empresário brasileiro que elimine toneladas de papel. Trata-se, portanto, de uma propositura que se justifica também sob o ponto de vista da sustentabilidade ambiental. Deve-se destacar que o Código Comercial disciplina exclusivamente a relação jurídica entre empresas¹⁸⁴.

Embora a iniciativa seja interessante, entende-se que a mera “separação do direito privado” não será suficiente para criar a “identidade” reclamada por muitos. É a atuação da jurisdição, do magistrado, quando promove a subsunção do fato à norma jurídica, seja ela positivada ou não, que consolida as bases da disciplina jurídica sobre determinado tema. A positivação tem sua importância, contudo, não é suficiente para

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 20 outubro 2012.

eliminar o esgarçamento dos valores da disciplina do direito privado, conforme já defendido¹⁸⁵.

A aplicação do direito positivo empresarial autônomo em uma estrutura jurisdicional unificada não gerará a unidade da disciplina.

Neste ponto, o pensamento aqui exposto se alinha com a posição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com pequena adaptação, adiante salientada. De acordo com os autores, a reforma da estrutura dos tribunais regulares e o desenvolvimento de fórmulas para desviar demandas do Poder Judiciário são meios hábeis para promover uma reforma do processo, contudo, destacam que o mais importante é o que denominam “desvio especializado” e a criação de “tribunais especializados”:

As cortes regulares, é preciso reiterar, têm um papel permanente - na realidade, crescentemente importante – na efetivação e desenvolvimento dos direitos, tanto novos quanto velhos, especialmente, naqueles que têm sido chamados de litígios de direito público. Os consumidores, os ambientalistas e o público são detentores de interesses difusos, e a proteção desses interesses tem-se tornado tarefa aparentemente indispensável nas modernas cortes, através de mecanismos tais como a maior abertura com relação ‘a legitimidade ativa, os *ombudsmen* do consumidor, os advogados do interesse público, e as *class actions*. É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, frequentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados,. Utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar fóruns mais acessíveis¹⁸⁶.

Os autores destacam que o esforço para criar tribunais e procedimentos especializados para certos tipos de demandas não é algo recente. Já houve movimentos

¹⁸⁵ “O Código Civil que entrou em vigor em 2003 entendeu de proceder à unificação legislativa do direito privado das obrigações. O legislador brasileiro incluiu, então, a matéria comercial, sob a denominação ‘direito de empresa’, na codificação civilista, inspirado na experiência (única e desprovida de sentido nos dias de hoje) do direito italiano da era fascista. Ignorando as especificidades do direito comercial, e seus princípios próprios, a unificação legislativa acabou não somente contribuindo enormemente para acentuar o esgarçar dos valores da disciplina, como também privou a ordem jurídica nacional do regramento adequado para o atual estágio de evolução da nossa economia, fortemente integrada ao processo de globalização. A unificação legislativa foi um erro. É preciso corrigi-lo, o quanto antes.” (COELHO, Fábio Ulhôa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8.)

¹⁸⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 91.

nesse sentido quando a *lei substantiva* era relativamente nova e se encontrava em rápida evolução¹⁸⁷.

O enfoque dado pelos autores refere-se à possibilidade de acesso à jurisdição de conflitos mais simples, dos particulares, dentro da conjuntura complexa que se apresentava na Itália e Estados Unidos. Contudo, a experiência pode ser invocada de forma analógica para a realidade empresarial e jurisdicional brasileira.

A definição da matéria empresarial ainda não está claramente assentada no sistema jurídico pátrio, somando-se a isso a efervescência econômica experimentada com a maior interação internacional. Como se exporá adiante, sequer a definição de empresário goza de uma unidade harmônica no ordenamento jurídico nacional. Portanto, a especialização da jurisdição e a designação de julgadores especialmente sensíveis a essa realidade vêm ao encontro dos interesses econômicos e de desenvolvimento relacionados à atividade empresarial.

E o início de um trabalho para sugestão dessa especialização, passa pela investigação de qual é a demanda empresarial, qual é a necessidade e o papel da jurisdição dos conflitos empresariais, para que o serviço jurisdicional seja adequado a esse contexto.

3.3 A CONJUNTURA DA LITIGÂNCIA E OS MOTIVOS DA LITIGÂNCIA EMPRESARIAL: SUPERAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE JURISDIÇÃO

3.3.1 O impacto econômico da litigância

Os custos econômicos da litigância geram consequências endógenas às lides – suportadas pelos litigantes – e exógenas a elas – suportadas pela coletividade. As perdas endógenas são suportadas efetivamente pela parte demandante e correspondem ao custo do direito ao se aguardar a satisfação judicial de uma lide.

¹⁸⁷ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 94.

De acordo com o estudo de Pedro Fachada, Luiz Fernando Figueiredo e Eduardo Lundberg¹⁸⁸, a morosidade judicial, que via de consequência provoca o retardamento no recebimento de valores contratados, prejudica a expansão da atividade de crédito e provoca o aumento dos custos dos financiamentos por duas razões: a insegurança jurídica gera aumento das despesas administrativas e reduz a certeza de pagamento, implicando risco embutido no *spread* da operação.

Os autores destacam os custos judiciais – despesas processuais diretas e taxa de desconto intertemporal – e, fazendo uma estimativa acerca de demanda para reaver determinadas quantias previstas em quatro espécies de contratos cujo valor econômico girava entre R\$ 500,00 e R\$ 50.000,00, chegaram à conclusão de que o custo de recuperação para empréstimos de quantia até R\$ 1.000,00, quando ocorridas todas as fases processuais, seriam iguais ou superiores ao montante principal. Considerando um crédito de R\$ 50.000,00, a estimativa para recuperação seria de 24,1% do principal. Apresenta-se o quadro dos resultados colhidos pelos autores:

Quadro 6. Processo de cobrança judicial				
Valor esperado de recuperação de contratos de crédito				
Fases do processo	R\$500	R\$1.000	R\$5.000	R\$50.000
Cobrança extrajudicial simples (até um ano)	R\$284 56,8%	R\$680 68,0%	R\$4.003 80,1%	R\$41.498 83,0%
Fase de conhecimento judicial (até três anos)	R\$14 2,8%	R\$221 22,1%	R\$1.982 39,6%	R\$21.878 43,8%
Fase de execução judicial (até cinco anos)	0	R\$33 3,3%	R\$1.011 20,2%	R\$12.054 24,1%

Fonte: Banco Central

FIGURA 1 – VALOR ESPERADO DE RECUPERAÇÃO DE CONTRATOS DE CRÉDITO

FONTE: FACHADA, PEDRO; FIGUEIREDO, LUIZ FERNANDO; LUNDBERG, EDUARDO. SISTEMA JUDICIAL E MERCADO DE CRÉDITO NO BRASIL IN REVISTA DE ECONOMIA E RELAÇÕES INTERNACIONAIS / FACULDADE DE ECONOMIA DA FUNDAÇÃO ARMANDO ALVARES PENTEADO, VOL. , N. (2003) – SÃO PAULO: FEC-FAAP, 2003.

O estudo demonstra que se o resultado da demanda vier após três anos de litígio haverá perda de 56,2% e quando a demanda judicial perdurar por mais tempo,

¹⁸⁸ FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. **Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil** in Revista de Economia e Relações Internacionais / Faculdade de Economia da Fundação Armando Alvares Penteado, vol. , n. (2003) – São Paulo: FEC-FAAP, 2003, p. 18-37.

oito anos, a perda chegará a 75,9%, mais de três quartos do valor originário. Há que se destacar que as conclusões do estudo também podem ser aplicadas a outras espécies de demandas, como as relativas a execuções de obrigação de fazer, ações locatícias e indenizatórias, revelando o custo efetivo de se tornar judicial um conflito de interesses.

Já no que toca ao impacto exógeno das demandas judiciais, de acordo com estudo do Ministério da Justiça, realizado em 2004, o custo por processo julgado em termos de despesa total do Poder Judiciário chegava a R\$ 6.839,00, conforme quadro abaixo¹⁸⁹:

Custo por Processo Julgado			Valores de maio de 2004	
	Estado	Despesas R\$ milhões	Processos Julgados	Custo R\$ / Processo
1	AP	232	33.924	6.839
2	AM	103	16.256	6.336
3	PA	357	70.662	5.052
4	RJ	2.619	700.936	3.737
5	ES	410	124.141	3.305
6	MG	1.766	607.572	2.906
7	AL	64	22.846	2.792
8	MS	283	110.016	2.570
9	TO	89	41.255	2.149
10	GO	308	161.028	1.913
11	RO	174	96.715	1.798
12	AC	88	49.275	1.786
13	SE	162	91.364	1.771
14	MT	221	126.241	1.751
15	PE	285	218.046	1.307
16	SC	507	408.191	1.242
17	RS	1.094	899.566	1.216
18	SP	5.237	4.651.628	1.126
19	PB	157	160.976	973
20	BA	568	nd	nd
21	CE	343	nd	nd
22	DF	nd	216.204	nd
23	MA	219	nd	nd
24	PI	189	nd	nd
25	PR	505	nd	nd
26	RN	251	nd	nd
27	RR	49	nd	nd
	Total	16.280	8.806.842	1.848

FIGURA 2 – CUSTO POR PROCESSO JULGADO

FONTE: Op. Cit.

No mesmo estudo, aponta-se análise do Banco Mundial que indicava o Brasil, no ano de 2000, com o maior custo para manutenção do sistema judicial dentre 35 países analisados, dependendo 3,66% do orçamento com o custeio:

¹⁸⁹ Diagnóstico do Poder Judiciário. Disponibilizado em <http://eyelegal.orgfree.com/texts/diagnostico_judiciario.html>. Acesso em: 12 outubro 2012.

	País	% do Setor Público
1	Brasil	3,66
2	Costa Rica	3,38
3	Nicarágua	2,94
4	Colômbia	2,80
5	Argentina*	1,55
6	República Dominicana	1,52
7	Itália	1,50
8	Sri Lanka	1,15
9	México*	1,01
10	Kirgístão	0,98
11	Filipinas	0,94
12	Chile	0,87
13	Peru	0,86
14	Eslováquia	0,79
15	Equador	0,79
16	Botsuana	0,74
17	Ucrânia	0,66
18	Espanha	0,66
19	Moldova	0,63
20	Trinidad e Tobago	0,63
21	África do Sul	0,63
22	Moçambique	0,62
23	Líbano	0,54
24	Geórgia	0,53
25	Dinamarca	0,51
26	Coreia	0,42
27	Bulgária	0,41
28	Gana	0,40
29	Tajiquistão	0,39
30	Nepal	0,39
31	Japão	0,38
32	Noruega	0,23
33	Vietnã	0,19
34	Malásia	0,17
35	Kazaquistão	0,10
	Média	0,97

Tabela 25 Fonte: Banco Mundial

FIGURA 3: CUSTO PARA MANUTENÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL
 FONTE: OP. CIT. / BANCO MUNDIAL

De acordo com dados atualizados do Conselho Nacional de Justiça¹⁹⁰, em 2009, o total destinado para o custeio de despesas do Poder Judiciário brasileiro foi de 2,342% do orçamento geral da União, excluído o pagamento de precatório, representando 0,948% do produto interno bruto do país. Em 2010, esses percentuais foram de 2,314% e 0,726%, respectivamente. Em 2011, de 2,127% e 0,672%. Para 2012, o orçado foi na ordem de 2,007% das despesas gerais da União destinadas à

¹⁹⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/orcamento-do-poder-judiciario-da-uniao/dotacao-inicial-dos-orgaos-do-poder-judiciario-integrantes-do-orcamento-geral-da-uniao>>. Acesso em: 3 janeiro 2013.

manutenção do Poder Judiciário, correspondendo a 0,663% do produto interno bruto. Embora os percentuais indiquem uma aparente redução relativa, analisados os números absolutos de despesas gerais e produto interno bruto, vê-se que foi previsto aumento ou, ao menos, a manutenção do valor destinado ao custeio com o Poder Judiciário e o PIB, por sua vez, teve crescimento acentuado no período. Por exemplo, em 2010, o projeto de despesa foi de R\$ 27.354.727.000,00 e o produto interno bruto estimado foi de R\$ 3.770.084.872.000,00; já para 2012, os valores foram de R\$ 30.074.946.000,00 e R\$ 4.537.500.000.000,00, respectivamente. Portanto, efetivamente não houve redução do gasto, mas seu contrário.

A análise de tais dados indica a necessidade de duas soluções: a prestação de um serviço jurisdicional célere, e que conceda a segurança jurídica necessária para as lides com conteúdo econômico; a readequação (diminuição ou distribuição) do custo operacional da atividade jurisdicional.

3.3.2 O diagnóstico da litigância empresarial

Para justificar a propositura da criação de uma jurisdição especializada, a análise da conjuntura com base em dados empíricos é indispensável, sob pena de o presente trabalho pecar pelo irrealismo científico, ou incorrer na propositura de modelos sem adequação com o contexto econômico, político, social e jurídico do Brasil.

Assim, tomar-se-á como fonte de dados o estudo realizado em cumprimento ao edital n. 01/2009, do Conselho Nacional de Justiça, cujo objetivo era realizar um “diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil”, e que foi realizado por uma equipe multidisciplinar formada pelos pesquisadores Hermílio Pereira dos Santos Filho, Luciano Benetti Timm, Adelar Fochezatto, Edimara Mezzomo Luciano, Rafael Bicca Machado, Emil Albert Sobottka, Simone Franco, Fabrício Loureiro de Carvalho Freitas, Daniela Cravo, Silvia Beatriz Mendonça e Guilherme Costa Wiedenhof¹⁹¹.

¹⁹¹ TIMM, Luciano Benetti; *et alli*. Working paper.

O objetivo foi elaborar um relatório a partir da análise da percepção dos interessados e usuários diretos dos serviços jurisdicionais (advogados e demandantes) e dos responsáveis diretos ou operadores internos do sistema, ou seja, os juízes. Com o objetivo de constatar a realidade jurisdicional brasileira da forma mais ampla, foram escolhidos três estados da federação de regiões e condição socioeconômicas distintas: Rio Grande do Sul, São Paulo e Pará.

Dentre os demandantes, os resultados foram separados por “pessoas físicas” e “pessoas jurídicas”, de modo que foi possível traçar perfis distintos entre as partes com interesses meramente pessoais e aquelas com interesses empresariais. As entrevistas tinham como objetivo reunir a opinião dos investigados acerca das motivações para se litigar, das motivações para se recorrer e das motivações para se firmar acordos.

Quanto às motivações para se litigar, a conclusão da pesquisa diagnosticou quatro: os baixos custos de acesso à jurisdição e baixo risco de custos decorrentes das demandas judiciais improcedentes; perspectivas de ganhos, ou seja, a perspectiva de um ganho real com a demanda mais do que com a reparação de um dano; o uso instrumental da jurisdição, consistente na utilização da demanda judicial como um argumento de força para se resolver o conflito de forma paralela, em regra, por um acordo, de modo que a decisão final do processo não é o foco principal do litigante, mas sim postergar uma responsabilidade ou mitigá-la; e, por fim, a reparação de uma lesão sofrida, independentemente de se almejar ou vislumbrar um ganho com o uso da jurisdição¹⁹². Dentre as quatro motivações apresentadas, os pesquisadores constataram que “sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos”¹⁹³.

Especificamente quanto às “pessoas jurídicas”, constatou-se que “na decisão sobre resolução dos conflitos há mais propensão ao cálculo na hora de prever contratualmente se as eventuais divergências seriam levadas ao judiciário ou a um árbitro”. Em outras palavras, os conflitos menores são levados à jurisdição, em razão do custo ser baixo, enquanto os negócios de maior monta tendem a prever a arbitragem, desde logo, como forma de solução de eventuais lides. Contudo, a perspectiva de um ganho, independentemente da extensão ou percepção da lesão sofrida, e o uso

¹⁹² TIMM, Luciano Benetti; *et alli*. *Op. cit.* p. 53-68.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 54.

instrumental da jurisdição, também são argumentos relevantes para a decisão racional de o empresário litigar:

pode-se ver claramente, pelas manifestações dos entrevistados, que há uma racionalidade que estabelece uma relação custo-benefício como limite da conveniência para litigar formalmente. Nesse cálculo não entra somente uma simples relação entre o *input* direto como custo e o potencial *output* no processo, mas também efeitos marginais, como a pressão que o processo exerce sobre o devedor e o ganho que a empresa pode ter com um determinado valor monetário adicionado ao seu capital de giro. A combinação desses dois fatores exerce grande influência na política de acordos. De um lado, o Judiciário pode servir como via indireta para trazer o demandado para a mesa de negociações. O processo, então, não é para ser levado até o final, mas para preparar possíveis negociações de acordo. De outro, um valor menor recebido imediatamente num acordo, quando comparado com um ganho nominalmente maior após um tempo muito longo, pode ser vantajoso¹⁹⁴.

A intenção de se litigar para se reparar uma situação de injustiça, de forma a impor um ônus pedagógico ao ofensor, é o fator que menos motiva o empresário em suas lides: quando discorrem sobre a motivação que os levou a provocar a jurisdição, os representantes das pessoas jurídicas apontam como razão em menor grau que as pessoas físicas a sensação de um direito lesado, um dano causado ou um pacto descumprido como motivação para a busca da satisfação do conflito perante o Judiciário. São poucas as respostas que indicam a convicção do ofendido de que essa atitude poderia prevenir no ofensor a possibilidade de reiterar a lesão ou a sensação de que não ficará impune¹⁹⁵. Em conclusão, a pesquisa esclareceu que a busca pela jurisdição revela uma racionalidade claramente perceptível, sendo que as motivações da litigância, animadas por essa análise de custo-benefício, indicam que se utilizar da jurisdição, no mais das vezes, trata-se de uma estratégia e não da busca de reparação de um direito lesado por si só.

Vale destacar que a opinião dos Magistrados, que foi constatada por extensa pesquisa feita por Armando Castellar Pinheiro¹⁹⁶ é de litigar, na maior parte das vezes, é se valer da morosidade e não buscar a reparação. O pesquisador ouviu 741 juízes do Distrito Federal e de onze estados, incluindo magistrados da justiça estadual, federal e

¹⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti; *et alli*. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 72.

¹⁹⁶ PINHEIRO, Armando Castellar. *Judiciário, reforma e economia: A visão dos Magistrados*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4198>. Acesso em: 26 outubro 2012.

do trabalho, de primeiro grau aos tribunais superiores. O quadro abaixo aponta a opinião dos julgadores quando questionados sobre a veracidade da afirmação acerca da utilização do Poder Judiciário como forma de postergar o cumprimento de obrigações:

TABELA 11
Freqüência com que Diferentes Partes Privadas Recorrem à Justiça para Postergar o Cumprimento de Obrigações, por Área do Direito

Questão 3: "Afirma-se que muitas pessoas, empresas e grupos de interesse recorrem à justiça não para reclamar os seus direitos, mas para explorar a morosidade do Judiciário. Na sua opinião, em que tipos de causas essa prática é mais freqüente?"

		Muito freqüente	Algo freqüente	Pouco freqüente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe/sem opinião	Não respondeu
Trabalhista	Freqüência	188	138	148	139	89	39
	(%)	25,4	18,6	20,0	18,8	12,0	5,3
Tributária na esfera federal	Freqüência	380	174	45	13	88	41
	(%)	51,3	23,5	6,1	1,8	11,9	5,5
Tributária na esfera estadual	Freqüência	331	206	59	10	91	44
	(%)	44,7	27,8	8,0	1,3	12,3	5,9
Tributária na esfera municipal	Freqüência	297	192	88	18	99	47
	(%)	40,1	25,9	11,9	2,4	13,4	6,3
Comercial/econômica em geral	Freqüência	184	256	122	23	105	51
	(%)	24,8	34,5	16,5	3,1	14,2	6,9
Propriedade industrial/marcas e patentes	Freqüência	60	130	217	68	206	60
	(%)	8,1	17,5	29,3	9,2	27,8	8,1
Direitos do consumidor	Freqüência	64	130	248	158	99	42
	(%)	8,6	17,5	33,5	21,3	13,4	5,7
Meio ambiente	Freqüência	60	133	221	148	133	46
	(%)	8,1	17,9	29,8	20,0	17,9	6,2
Inquilinato	Freqüência	150	228	166	59	87	51
	(%)	20,2	30,8	22,4	8,0	11,7	6,9
Mercado de crédito (juros)	Freqüência	242	204	102	28	118	47
	(%)	32,7	27,5	13,8	3,8	15,9	6,3

FIGURA 4: O PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE POSTERGAR O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES
FONTE: PINHEIRO, ARMANDO CASTELAR. JUDICIÁRIO, REFORMA E ECONOMIA: A VISÃO DOS MAGISTRADOS. DISPONÍVEL EM: [HTTP://WWW.IPEA.GOV.BR/PORTAL/INDEX.PHP?OPTI-ON=COM_CONTENT&VIEW=ARTICLE&ID=4198](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?opti-on=com_content&view=article&id=4198). ACESSO EM: 26 DE OUT. DE 2012.

Como se vê na tabela, especialmente quanto às lides voltadas ao tema “comercial/econômica em geral”, mais da metade dos entrevistados (59,3%) entendem que a litigância é frívola de forma muito ou algo frequente.

Como motivação para acordos judiciais, quando a demanda envolve pessoas jurídicas¹⁹⁷, no mais das vezes, o processo judicial é o instrumento para se viabilizar a transação. Contudo, a atuação de mediadores mais preparados foi destacada como uma medida positiva a ser adotada: “vale ressaltar que diversos entrevistados colocaram em

¹⁹⁷ Expressão utilizada na pesquisa.

relevo a importância de agentes mediadores capazes de mostrar às partes envolvidas as alternativas de saída do conflito pela via de uma composição e os potenciais ganhos. Com isso, muitas vezes abrem-se perspectivas que, por si só, a parte envolvida não divisava no calor do confronto”¹⁹⁸.

Daí conclui-se que – partindo do princípio de que a atividade empresarial deve ser desenvolvida de forma eminentemente racional e que a escolha pela litigância, conforme demonstrado, revela o uso instrumental da jurisdição – a concepção clássica de uma expressão da soberania posta à disposição do cidadão para a solução de conflitos, cujo maior objetivo é a pacificação social, não se coaduna com a verdadeira necessidade e realidade empresarial.

A jurisdição, do ponto de vista empresarial, deve ser posta à disposição, mas sua provocação deve ocorrer com a ponderação de custos e benefícios, o que é inerente à atividade empresarial, a fim de que seu uso não gere consequências economicamente ineficientes. O oportunismo, outrossim, deve ser reprimido por medidas processuais e que gerem consequências financeiras.

A pesquisa citada ainda sugeriu que um magistrado especializado em matéria empresarial terá maior conhecimento do tema e haverá menor assimetria de informações, tanto jurídicas como no mercado, havendo menor probabilidade de decisões equivocadas.

É correto afirmar, portanto, que a garantia do acesso à jurisdição deve ter outra modelagem quando se tratar de conflitos empresariais. Nesse sentido, a prestação da jurisdição deve ser condicionada a um custo condizente com o serviço prestado; as demandas oportunistas devem ser repelidas, reprimidas e punidas. Contudo, havendo a invocação do poder jurisdicional naquelas questões que realmente exigem uma atuação, a resposta deve ser a mais eficiente possível, no sentido, de mais precisa, mais segura e mais célere.

A partir dessas constatações, a seguir serão apresentadas as justificativas e necessárias adaptações para a configuração de uma jurisdição empresarial.

¹⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti; *et alli*. *Op. cit.* p. 96.

3.4 DAS JUSTIFICATIVAS PARA A JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

3.4.1 A necessidade de especialização

José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, defendia a existência dos Tribunais do Comércio, porque, segundo ele, convinha ao Estado juízes “versados no particular ramo da Jurisprudência de Comércio”, e também nas regras práticas sobre os costumes “aprovados pelo consenso universal dos povos cultos”¹⁹⁹.

A especialidade da matéria, as peculiaridades do comércio, e a própria estrutura do sistema jurídico comercial, em que os costumes têm papel de destaque e, que, portanto, exigem julgadores que tenham conhecimento mais elaborado do cotidiano que das normas escritas, sempre exigiram juízes que fossem integrantes da classe como componentes dos Consulados, dos Tribunais do Comércio e outras figuras congêneres.

Na França, como visto no primeiro capítulo, ainda remanescem os Tribunais do Comércio, os quais são considerados como os órgãos jurisdicionais mais antigos da estrutura jurisdicional francesa. De acordo com Luiz Guilherme Marques, para se tornar um juiz consular, o candidato deve contar com mais de 30 anos; estar inscrito no Registro do Comércio há mais de cinco anos; e não ter sofrido processo que demonstre inidoneidade financeira, como um pedido de falência, por exemplo. Ostentando estas qualidades, poderá concorrer à função, devendo ser eleito por um colégio eleitoral composto por delegados consulares, membros e antigos membros dos Tribunais do Comércio, além de antigos membros das Câmaras de Comércio e Indústria. Uma vez eleitos, exercerão o cargo por dois anos, havendo possibilidade de reeleição para mandatos de quatro anos²⁰⁰.

Na França, o cargo de integrante dos Tribunais do Comércio é preenchido por votação e tem caráter temporário, sendo exigido do juiz consular que tenha experiência na atividade comercial.

¹⁹⁹ LISBOA, José da Silva. *Op. cit.* p. 785.

²⁰⁰ MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça na França – um modelo em questão**. EME: Editora de direito, 2001, p. 111-112.

Na Itália, também conforme abordado no capítulo anterior, houve a criação de órgãos julgadores dentro da justiça comum, considerando a especialização da matéria.

Na Inglaterra, da mesma forma, embora não haja um órgão jurisdicional autônomo para os temas comerciais, há uma divisão especializada chamada *Commercial Court* dentro da estrutura da *Queen's Bench Division*, a qual ao lado da *Family Division* e da *Chancery Division*, compõem a High Court of Justice. A competência dessa corte comercial está prevista na *part 58* das *Civil Procedure Rules*²⁰¹.

No Brasil, os Tribunais do Comércio, que tinham funções administrativas e jurisdicionais, e quanto a estas, competência funcional recursal, eram compostos por comerciantes que eram eleitos pelos Colégios Comerciais, e então nomeados como deputados, em conformidade com o procedimento previsto no Decreto nº 696, de 5 de setembro de 1850.

A Lei nº 799, de 16 de setembro de 1854, e seu regulamento, o Decreto nº 1.597, de 1º de maio de 1855, que atribuíram aos Tribunais do Comércio a função de corte revisora em segundo grau, determinou que a composição dos quatro órgãos, então existentes, dar-se-ia da seguinte forma:

Art. 25. O Tribunal do Commercio da Capital do Imperio para funcconar como Tribunal de 2ª Instancia he composto:

§ 1º Do Presidente.

§ 2º Do Fiscal.

§ 3º Dos seis Deputados Commerciantes.

§ 4º De tres Desembargadores Adjunctos designados pelo Governo d'entre os da Relação do Rio de Janeiro que nella tenham exercicio.

Art. 26. Os Tribunaes do Commercio da Bahia, Pernambuco, e Maranhão para o mesmo fim serão compostos:

§ 1º Do Presidente.

²⁰¹ “any claim arising out of the transaction of trade and commerce and includes any claim relating to -
 (a) a business document or contract;
 (b) the export or import of goods;
 (c) the carriage of goods by land, sea, air or pipeline;
 (d) the exploitation of oil and gas reserves or other natural resources;
 (e) insurance and re-insurance;
 (f) banking and financial services;
 (g) the operation of markets and exchanges;
 (h) the purchase and sale of commodities;
 (i) the construction of ships;
 (j) business agency; and
 (k) arbitration.”

Disponível em <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/admiraltycomm/admiralty-commercial-court-guide-9th-edition.pdf>. Acesso em 3 jan. 2013.

§ 2º Do Fiscal.
§ 3º De quatro Deputados Comerciantes.
§ 4º De dois Desembargadores Adjuntos.²⁰²

Portanto, a experiência brasileira acerca de uma jurisdição comercial específica também se deu com base em juízes eleitos pelos seus pares, exercendo cargos temporários. Foi esse um dos fatores para a extinção dos Tribunais do Comércio. O segundo argumento utilizado é que não se poderia invocar a especialidade como justificativa.

José Reinaldo de Lima Lopes, como já visto anteriormente, cita o discurso do Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, que responde ao anseio do Barão de Cotegipe em que fosse mantida a jurisdição especializada:

A experiência tem condenado os tribunais de comércio como tribunais de jurisdição especial. Não só sua composição destoa das teses constitucionais (apoiados) porque admite como juízes de 2ª. Instância empregados temporários sem as habilitações e garantias dos juízes perpétuos, como todo mundo conhece o que vale essa pretendida especialidade em matéria de jurisprudência. O senado sabe das grandes censuras que em França e outros países sofre a jurisdição consular. Seria preciso, para que as causas pudessem ser julgadas por profissionais, que a respeito de cada demanda se consultasse a profissão do juiz; mas logo que um banqueiro tem de julgar a causa de compra e venda mercantil, um comissário de transportes, a causa de seguros marítimos, o armador de navios a ação de letra de câmbio ou de empreitada, ou de troca mercantil, não é possível verificar-se nos julgamentos a interferência de juízes profissionais nas negociações sobre que hão de decidir. (...) Senhores, em matéria de direito não há especialidades. Não compreendo como se sabe bem um ramo do direito e não se sabe outro: todos se entrelaçam; desde que se aprofunda a matéria em suas bases fundamentais, sua aplicação é uniforme. (...) A supressão dos tribunais de comércio, os quais não têm produzido benefício algum na prática, como podem atestar vários membros do senado que frequentam com honra e brilho o foro da capital do Império, é uma disposição de que não poderei prescindir, porque é uma das maiores conveniências do projeto que se discute (apoiados)²⁰³.

O argumento do Ministro Duarte de Azevedo, no sentido de que “em matéria de direito não há especialidades” não revela outra coisa senão que a realidade e complexidade mercantil da época eram incipientes comparadas ao atual momento econômico.

²⁰² Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=61126&norma=77004>>. Acesso em: 16 outubro 2012.

²⁰³ LOPES, José Reinaldo Lima. *Op. cit.* p. 46.

E mesmo naquela época, conforme depoimento do Visconde de Cairu, não havia dúvidas de que as relações comerciais mostravam-se de complexidade bem diferente das relações comuns.

Conhecimentos avançados de administração, economia, contabilidade e até mesmo de engenharia são as necessidades e as “ciências afins” do direito empresarial atualmente, tal qual os capítulos clássicos dos manuais dos séculos passados indicavam em relação à sociologia e filosofia. É a releitura do que José Xavier Carvalho de Mendonça chamou de “ciência do comércio”, que seria aquela que “abrange todos aqueles conhecimentos úteis para o exercício do comércio”²⁰⁴.

Tais conhecimentos técnicos, contudo, podem ser obtidos por outros meios, que suprem o empirismo do passado.

A razão para a escolha de comerciantes a fim de comporem as cortes especializadas, em grande medida, dava-se ao fato de que o conhecimento sobre a matéria era obtido pela mediação, pela atuação: o empirismo, portanto, era a forma de talhar o juiz. Mas, contemporaneamente, as lides empresariais exigem conhecimento teórico e técnico.

Richard A. Posner destaca que uma visão pragmatista da questão revela que o juiz não é um oráculo da lei, um herói ou analista econômico presciente, ou seja, há necessidade de que se mude o foco do juiz extraordinário para o convencional, “visto que a maioria dos juízes é, de fato, comum”. De acordo com o autor, a previsão do cargo vitalício – na experiência americana – projetou uma máquina estatal operada por “indivíduos moral e intelectualmente medíocres”.²⁰⁵

Mauro Capeletti destaca que na Itália a questão da responsabilidade do juiz em razão também do desconhecimento foi objeto, inclusive, de referendo popular em 1987, pois então se afirmava que

não era concebível que na Itália pudesse se perpetuar um sistema judiciário carente, ao mesmo tempo, de profissionalidade e de responsabilidade: ou seja, um ordenamento no qual os juízes, tendo assumido a magistratura sem base em séria aprendizagem e avançado na carreira substancialmente com fundamento apenas na antiguidade, ficassem, outrossim, completamente imunes de responsabilidade perante as partes e outros sujeitos prejudicados

²⁰⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 42.

²⁰⁵ POSNER, Richard. A. **Para além do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 116.

por atos ou omissões viciadas de culpa, inclusive gravíssima do magistrado²⁰⁶.

No Brasil, a nomeação de magistrados no atual regime constitucional só pode dar-se pela investidura na função mediante concurso de provas e títulos, conforme previsto no artigo 93, inciso I. Os magistrados investidos de jurisdição dessa forma gozam das garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, de acordo com o artigo 95 da Constituição Federal.

Embora não sejam palavras de Richard A. Posner, mas tais garantias, embora não tenham esse objetivo, acabam por gerar uma *ordinarização* do conhecimento na jurisdição comum, o que somando à taxa de congestionamento da jurisdição brasileira, faz com que não haja a especialização necessária para julgamento de questões complexas empresariais. De outro lado, ainda não se iniciou um debate tal qual como na Itália sobre responsabilizar o juiz, talvez considerando que as condições de trabalho não são as ideais, de forma que a seleção direcionada ou a preparação prévia à assunção do cargo²⁰⁷ seriam boas alternativas.

A combinação entre a especialização e forma de investidura faz com que a jurisdição empresarial deva ser provida de magistrados selecionados em concursos específicos, cujas áreas do conhecimento se voltem às necessidades empresariais, não se limitando aos conhecimentos jurídicos. A forma como se estruturam os concursos atuais não se adéqua à necessidade aqui exposta: “os concursos são realizados de maneira ainda empírica, priorizando o aspecto da memorização de textos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais. Nenhum estímulo à capacidade crítica do candidato”²⁰⁸.

A seleção deve ter caráter multidisciplinar e deve dirigir a escolha. Não se pode exigir que o magistrado integrante da jurisdição comum tenha domínio sobre todas as matérias postas a seu julgamento, porque isso é pressupor que o exercente da função

²⁰⁶ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 8-9.

²⁰⁷ “É fundamental que se pense em formação prévia, pois a formação continuada, posterior ao concurso, não eliminar a possibilidade de erros causadores de lesões a direitos e interesses. Enquanto ainda não adequadamente formado, o juiz poderá vulnerar bens da vida de partes ou terceiros. Paradoxal que o juiz, remunerado para solucionar problemas, possa vir a causá-los. O investimento na formação prévia, portanto, é bem-vindo. Ao iniciar a judicatura, o juiz já terá se submetido a um processo de aprendizagem e treino, reduzindo-se a potencialidade de errar.” NASCIMENTO, José Augusto. **A formação do juiz no Brasil**. Salvador: Escola de Magistrado da Bahia, p. 33.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 34.

jurisdicional tenha qualidades acima das demais pessoas, o que nem sempre corresponde à realidade, conforme destacado por Richard A. Posner.

Há que se destacar que na exposição de motivos da proposta original nº 96 de 1992, do que veio a se tornar a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe severas modificações na estrutura do Poder Judiciário, a extinção dos juízes classistas foi motivada, principalmente, pelo mesmo motivo ora invocado para a criação da magistratura empresarial, qual seja, especialização:

Propõe-se também uma justiça do trabalho mais ágil, reformulando-se as normas até hoje inspiradas pela *Carta Del Lavoro*, da Itália fascista. A esse propósito, não tem mais sentido a organização ainda existente, com juízes classistas, despreparados para a função judicante e que mais dificultam do que agilizam a aplicação da justiça para a classe trabalhadora. Juízes especiais, nas comarcas de maior população, recrutados na forma prevista pela Constituição, com as garantias de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, dará à classe trabalhadora, como já o faz a justiça comum, prestação jurisdicional mais condizente com as relações entre empregadores e empregados que o atual sistema propicia²⁰⁹.

A atividade empresarial é marcada pela inovação e atipicidade dos negócios jurídicos. Acompanhar a dinâmica das relações empresariais exige do magistrado empresarial uma especialização sem paralelo com os magistrados comuns. Da mesma forma, há necessidade de que a jurisdição empresarial seja composta por auxiliares da justiça com o mesmo grau de especialização.

Quanto aos peritos, a criação de um corpo vinculado diretamente à justiça empresarial e remunerado pelo mesmo órgão é fundamental, inclusive para se evitar um *efeito de captura* que pode ocorrer quando, por exemplo, uma das partes litigantes for beneficiária da assistência judiciária gratuita. Nas jurisdições em que não há uma forma prévia e prevista de remuneração do perito quando atua nesta espécie de demandas, pode ocorrer uma tendência de que o posicionamento técnico seja contrário à parte que não goza do benefício, pois o *expert* só receberá ao fim do sucumbente²¹⁰.

²⁰⁹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=37590& tp=1>>. Acesso em: 20 outubro 2012.

²¹⁰ Sobre o tema, destaca André Luiz Gonçalves Coimbra, Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região: “têm-se visto impugnações de que o *expert*, diante da melhor situação financeira do empregador, opinou em favor do obreiro para não ficar sem a devida remuneração. Se houve adiantamento, a parte contrária também apresenta objeção de imparcialidade. Tais argumentações aparecem ainda que de forma velada pelos corredores do fórum”. (COIMBRA, André Luiz Gonçalves. Justiça gratuita e honorários periciais na Justiça do Trabalho, in **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, v.43, n.73, jan./jun.2006, Belo Horizonte, p.123.) Ainda sobre o tema: GALESKI JR., Irineu; RIBEIRO,

Com efeito, ciente das possíveis distorções que o sistema de assistência judiciária pode causar na realização das perícias, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 127, de 15 de março de 2011, na qual recomenda aos Tribunais que destinem parte de seu orçamento para pagamento de honorários periciais, quando a parte sucumbente for beneficiária da justiça gratuita, contudo, limitou a remuneração a módicos R\$ 1.000,00 (mil reais).

Posto isso, a especialização dos agentes que prestarão a jurisdição empresarial é medida que se impõe, inclusive, em homenagem à eficiência.

3.4.2 A questão do custeio da prestação jurisdicional

Uma das principais críticas que foram tecidas nos debates que precederam o Código Comercial de 1850 no tocante aos Tribunais do Comércio foi justamente a incapacidade financeira do Estado de então em arcar com a estrutura a ser criada. Não há dúvida de que a criação de uma justiça especializada em litígios empresariais provocará despesas. Contudo, entende-se que essa nova estrutura deve ser custeada na maior parte pelos seus usuários, por meio de taxas. Em verdade, o que se vê atualmente é que a jurisdição é custeada quase que integralmente por impostos.

No ano de 2009, de acordo com o relatório “Justiça em Números” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, a arrecadação com custas e emolumentos em relação às despesas totais da justiça estadual foi de 17,0%, sendo que em alguns entes federados, foi de menos de 2,0%, conforme se vê do quadro abaixo:

1.1.11. I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual

Tabela 1.12 I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual

Tribunal de Justiça	R - Recolhimentos Diversos	Dpj - Despesa Total da Justiça Estadual	I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual
Acre	7.541.890	123.699.007	6,1%
Alagoas	16.483.377	182.968.208	9,0%
Amazonas	29.862.500	261.407.712	11,4%
Amapá	3.079.033	140.308.881	2,2%
Bahia	210.473.725	1.182.897.324	17,8%
Ceará	35.752.819	548.332.554	6,5%
Distrito Federal	20.306.376	1.374.820.346	1,5%
Espírito Santo	53.305.844	534.411.179	10,0%
Goiás	148.735.206	525.922.596	28,3%
Maranhão	36.831.887	428.514.253	8,6%
Minas Gerais	336.549.853	2.147.483.647	15,7%
Mato Grosso do Sul	40.422.913	372.792.075	10,8%
Mato Grosso	1.372.448	511.911.448	0,3%
Pará	43.648.697	436.980.462	10,0%
Paraíba	29.380.447	393.263.659	7,5%
Pernambuco	66.421.793	636.713.086	10,4%
Piauí	23.529.916	194.544.926	12,1%
Paraná	158.170.443	777.472.871	20,3%
Rio de Janeiro	671.699.023	2.143.285.372	31,3%
Rio Grande do Norte	17.113.488	355.473.617	4,8%
Rondônia	35.179.650	257.964.349	13,6%
Roraima	1.259.369	73.764.101	1,7%
Rio Grande do Sul	140.297.375	1.475.717.414	9,5%
Santa Catarina	108.572.084	767.926.319	14,1%
Sergipe	13.490.427	254.984.999	5,3%
São Paulo	1.317.360.458	4.795.975.135	27,5%
Tocantins	8.427.771	143.478.933	5,9%
Justiça Estadual	3.575.268.812	21.043.014.473	17,0%

Fonte: Justiça em Números 2009.

FIGURA 5: JUSTIÇA EM NÚMEROS

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009

Em 2010, houve um sensível aumento de arrecadação, sendo que a relação entre as receitas das custas processuais e emolumentos e a despesa total da justiça estadual foi de 19,1% em média, conforme quadro:

Tabela 1.12 I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual

Tribunal de Justiça	R - Recolhimentos Diversos	Dpj - Despesa Total da Justiça Estadual	I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual
Acre	7.884.572	138.276.067	5,7%
Alagoas	18.502.773	200.971.362	9,2%
Amazonas	30.475.584	302.805.224	10,1%
Amapá	4.105.671	147.374.521	2,8%
Bahia	234.004.659	1.195.921.006	19,6%
Ceará	32.059.552	695.198.366	4,6%
Distrito Federal	20.491.149	1.472.879.362	1,4%
Espírito Santo	26.933.191	576.240.313	4,7%
Goiás	nd	722.341.075	nd
Maranhão	49.176.199	498.814.704	9,9%
Minas Gerais	487.509.515	2.442.689.595	20,0%
Mato Grosso do Sul	51.516.707	408.487.185	12,6%
Mato Grosso	91.355.296	573.383.747	15,9%
Pará	48.229.931	512.802.064	9,4%
Paraíba	32.996.773	372.284.973	8,9%
Pernambuco	75.348.955	678.898.443	11,1%
Piauí	29.314.938	206.380.771	14,2%
Paraná	301.603.003	964.259.680	31,3%
Rio de Janeiro	742.578.516	2.715.547.368	27,3%
Rio Grande do Norte	31.474.681	413.022.412	7,6%
Rondônia	38.489.349	318.420.230	12,1%
Roraima	2.230.491	96.257.678	2,3%
Rio Grande do Sul	159.098.436	1.740.993.998	9,1%
Santa Catarina	125.905.702	913.822.434	13,8%
Sergipe	15.355.501	287.421.033	5,3%
São Paulo	1.760.228.558	5.074.214.668	34,7%
Tocantins	11.469.316	210.151.760	5,5%
Justiça Estadual	4.428.339.015	23.879.860.039	19,1%

Fonte: Justiça em Números 2010.

Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

FIGURA 6: JUSTIÇA EM NÚMEROS

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010

Esse progressivo aumento também ocorreu em 2011, quando a arrecadação atingiu 22,3% do total de despesa da justiça estadual:

Tribunal de Justiça	R - Recolhimentos Diversos	Dpj - Despesa Total da Justiça Estadual	I1 - Arrecadação com Custas e Emolumentos em relação à Despesa Total da Justiça Estadual
Acre	4.824.273	141.963.772	3,4%
Alagoas	19.399.565	218.665.423	8,9%
Amazonas	38.355.544	371.008.647	10,3%
Amapá	1.495.662	147.374.521	1,0%
Bahia	256.045.586	1.360.082.711	18,8%
Ceará	49.391.483	743.313.200	6,6%
Distrito Federal	18.415.698	1.554.328.625	1,2%
Espírito Santo	nd	615.264.894	nd
Goiás	199.802.920	699.392.174	28,6%
Maranhão	59.381.256	614.770.316	9,7%
Minas Gerais	592.598.141	2.792.786.755	21,2%
Mato Grosso do Sul	57.415.905	418.345.713	13,7%
Mato Grosso	134.782.569	603.836.069	22,3%
Pará	57.435.875	556.399.855	10,3%
Paraíba	40.336.641	389.808.057	10,3%
Pernambuco	87.984.802	733.973.308	12,0%
Piauí	41.111.926	231.856.502	17,7%
Paraná	227.541.627	1.143.522.355	19,9%
Rio de Janeiro	1.081.056.031	2.902.774.860	37,2%
Rio Grande do Norte	38.254.647	554.469.994	6,9%
Rondônia	44.662.837	367.564.385	12,2%
Roraima	2.150.816	115.558.386	1,9%
Rio Grande do Sul	165.325.656	1.802.020.687	9,2%
Santa Catarina	226.381.672	995.237.169	22,7%
Sergipe	19.012.394	335.649.602	5,7%
São Paulo	2.266.330.061	5.741.043.266	39,5%
Tocantins	14.916.085	234.884.785	6,4%
Justiça Estadual	5.744.409.671	26.385.896.031	22,3%

Fonte: Justiça em Números 2011.
Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

FIGURA 7: JUSTIÇA EM NÚMEROS

FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011

Ambos estudos definiram a variável “recolhimentos diversos” como sendo “todos os recolhimentos arrecadados pela Justiça com custas” e a “despesa total da Justiça Estadual” como “despesas efetivamente realizadas no ano-base pelo Tribunal e suas respectivas unidades judiciárias”. Portanto, a conclusão a que se chega é de que o custeio da atividade jurisdicional no âmbito da justiça estadual hoje se dá essencialmente pela arrecadação de impostos, sem que se faça a correlação necessária entre o serviço público prestado e o benefício fruído pelo usuário.

Com efeito, no contexto da justiça estadual atualmente, são dirimidas várias espécies de litígios que nem sempre estão relacionados a interesses empresariais, por exemplo, as relações de consumo, as lides envolvendo municípios e estados como

autores ou réus, as lides sobre direitos indisponíveis – direito de filiação e de parentesco – as lides entre particulares não empresários, etc.

Desse modo, não se pode, de pronto, criticar a estrutura do custeio da jurisdição estadual atual, sem antes contar com dados seguros e amplos a respeito da natureza das demandas nessa jurisdição. De outro lado, é possível defender-se que a jurisdição especializada empresarial deva ser basicamente custeada por seus usuários, tendo em vista um critério de justiça fiscal substancial.

A jurisdição empresarial, por só tratar de direitos disponíveis, deve ser interpretada como uma opção do usuário, dentre três possíveis: não litigar, pois pode dispor de seu direito, inclusive, escolhendo não demandar em juízo; buscar meios de solução alternativas para seus conflitos, como a arbitragem; por fim, recorrer à jurisdição estatal.

Desse modo, não se justifica do ponto de vista da isonomia, a criação de uma jurisdição empresarial custeada estritamente por impostos, com a arrecadação da coletividade, quando o serviço público prestado por esse órgão será destinado exclusiva e individualmente aos empresários.

Socializar o custo da atividade jurisdicional especializada, no caso, seria contraproducente. Na concepção ampla de jurisdição destinada ao cidadão comum, a atividade prestada pelo Estado deve ser considerada como indivisível, razão pela qual deve ser custeada, essencialmente, por impostos. Contudo, a prestação do serviço ao empresário não pode ser subsidiada praticamente de forma integral pela coletividade, sob pena de se criar odioso privilégio, revigorando, guardadas as devidas proporções, o regime medieval das Corporações de Ofício, só que agora com os custos suportados por todos em prol de um serviço destinado a uma determinada classe.

Diante disso, o custeio dessa jurisdição especializada, reprise-se, deve ser feita em maior parte por meio das taxas cobradas pela efetiva prestação do serviço, invertendo a equação acima destacada, em que menos de um quinto das despesas da jurisdição estadual é custeada pelo recolhimento da exação específica.

O entendimento aqui exposto não está divorciado da doutrina e jurisprudência, para as quais é assente a possibilidade de que sejam cobradas taxas em razão do exercício da jurisdição.

De acordo com Luciano Amaro, existem certas atividades gerais do Estado que devem ser financiadas com os impostos, os quais são arrecadados de toda a coletividade; entretanto, existem outras atividades estatais que, dada sua divisibilidade e referibilidade a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos determinável, podem, e na opinião do autor, numa perspectiva de justiça fiscal, devem ser financiadas pelos seus usuários por meio dos tributos vinculados a essa atividade: as taxas. Prossegue, afirmando que a Constituição Federal destinou a taxa a remunerar o exercício do poder de polícia e à prestação de serviço público divisível, enquanto os impostos devem remunerar aquelas atividades que têm caráter indivisível, ou seja, cujos destinatários não podem ser identificados. O autor conclui, afirmando que a defesa do território nacional é um serviço indivisível, por isso, é remunerado por impostos, enquanto a atividade jurisdicional é divisível, por isso, deve ser remunerada por taxas.

O Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento de que as taxas processuais, custas processuais e emolumentos têm natureza de taxa desde 1984, com o julgamento da Representação nº 1.077, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves, o qual, em um voto de quarenta e cinco laudas esgotou a matéria, fazendo completa evolução histórica acerca dos institutos da *taxa judiciária* e das *custas processuais*, com análise de direito comparado continental europeu, passando pelo direito português até a atualidade daquele julgamento. Após o extenso e denso arrazoado, conclui: “tenho, portanto, como certo que a referida Emenda Constitucional não alterou a natureza jurídica da taxa judiciária que, em face de nosso sistema constitucional atual, é taxa pela prestação de serviço público específico e divisível”. Contudo, destaca o Ministro que deve haver uma limitação de tais taxas, sob pena de que, excessivas, criem obstáculo para acesso à jurisdição, que era garantia expressa no artigo 153, parágrafo 4º, da Constituição então vigente²¹¹.

Conforme Celso Ribeiro Bastos, o traço que caracteriza a taxa é que só é cobrável quando existir uma atividade estatal que se volte diretamente a um destinatário específico. Quando as atividades se voltam a bens comuns indivisíveis, o custeio dar-se-á por impostos; quando divisíveis, por taxas. Ainda, a taxa deve guardar uma correspondência com o custo da prestação ou atividade. O autor dá especial destaque para o fato de que a taxa pode levar em conta, ainda, a capacidade contributiva do

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1077, Relator Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1984.

contribuinte, quando passam a desempenhar um papel redistribuidor de renda. Dá como exemplo o registro de determinado documento, quando o valor da operação materializada no instrumento pode servir de base para a fixação do valor da taxa, embora o serviço seja o mesmo a ser desempenhado em outro registro, cujo objeto seja negócio de menor valor²¹².

Neste mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres afirma que a cobrança das taxas se subordina ao princípio do custo-benefício, no sentido de que o beneficiário deve arcar com a despesa provocada pelo serviço que lhe beneficiou. Entretanto, afirma que o princípio da capacidade contributiva, embora não esteja explícito na Constituição Federal, também se aplica às taxas, uma vez que o Estado não deve se limitar a repartir custos quando impõe a taxa, mas deve buscar sim distribuir equitativamente a responsabilidade fiscal, de modo a não onerar excessivamente aqueles que possuem renda menor. E arremata: “é no capítulo da isenção das taxas que a consideração da capacidade contributiva tem relevância, posto ser paradoxal cobrar o tributo justamente das populações carentes ou de baixa renda, que necessitam de maior oferta de serviços públicos”²¹³.

Paulo de Barros Carvalho destaca que, de acordo com o artigo 77 do Código Tributário Nacional, a taxa não poderá ter base de cálculo ou fato gerador comum a imposto, tampouco poderá ser mensurada com base no capital das empresas²¹⁴.

A partir de todas estas colocações, é possível se afirmar que as custas processuais, taxas judiciárias e emolumentos devem ser no máximo patamar possível para custear a criação e manutenção de uma jurisdição empresarial. Sua fixação deve ser proporcional à despesa gerada pelo processo, o que só pode ser feito por estimativa periódica acerca da demanda e custo da estrutura. A fixação do valor, considerando o objetivo de repor a despesa gerada, deve ser feita de forma progressiva, considerando o proveito econômico envolvido na demanda, sem que seja possível condicioná-lo ao capital social das empresas, por expressa vedação do parágrafo único do artigo 77 do Código Tributário Nacional.

²¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 48-50.

²¹³ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**, 13ª edição. São Paulo: Renovar, 2006, p. 404.

²¹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

Contudo, haverá uma parcela das despesas que será amortizada com o recolhimento de impostos, ou seja, sem tributo destinado especificamente, isso porque a jurisdição empresarial também atenderá demandas em que o Estado tem obrigação de prestar o serviço público, que embora seja divisível, deverá ser subsidiado.

Assim, não se vê óbice à formulação de políticas especiais para redução das custas processuais, taxas judiciárias e emolumentos, quando se tratar de microempresas ou empresas de pequeno porte, considerando as palavras de Celso Ribeiro Bastos e Ricardo Lobo Torres e a questão da justiça fiscal, uma vez que a taxa pode considerar a capacidade contributiva do usuário do serviço público. Ademais, justifica-se um tratamento diferenciado em prol do microempresário e do empresário de pequeno porte, conforme previsto na Constituição Federal, no seu artigo 170, inciso IX. Nesse caso, a diferença entre a taxa e o custo do processo será arcada pela arrecadação de impostos²¹⁵.

Ainda, de acordo com o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, deve ser garantida a isenção da taxa ao empresário que comprove a insuficiência de recursos para custear a demanda judicial.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça deve ser mantido acerca do tema, quando condiciona a concessão do benefício previsto na Lei Federal nº 1.060/50 aos empresários, desde que comprovem a incapacidade de custear a demanda judicial, ao contrário do que ocorre com as pessoas físicas, quando se concede o benefício sem a exigência da comprovação, cujo ônus de comprovar a possibilidade do litigante cabe à parte contrária.

A partir de todo o exposto, pode se constatar que existe um descompasso entre a realidade do custeio da atividade jurisdicional promovida pelos Estados-membros e o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Embora, este entenda que as custas processuais, taxas judiciárias e emolumentos tenham caráter de taxa, o fato é que, conforme os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Estadual, onde hoje a maior parte dos conflitos empresariais são dirimidos, é maciçamente financiada pela arrecadação de impostos.

²¹⁵ Entende-se não ser possível defender que as lides em que houver o deferimento da assistência judiciária gratuita sejam julgadas pela jurisdição comum, pois configuraria uma violação à garantia constitucional da isonomia, uma vez que a diferenciação em razão de aspectos financeiros não justificaria essa dissociação.

A melhor solução para dirimir esse paradoxo seria justamente a especialização da justiça empresarial, para a qual seriam dirigidos os conflitos empresariais, cuja estrutura deveria ser, ao máximo, custeada por seus usuários, enquanto remanesceriam na justiça estadual os demais conflitos, para solução dos quais a questão da composição do custeio – taxa ou imposto – já não seria fundamental, considerando inúmeros argumentos: dependendo da natureza do direito em discussão, se disponível ou não, a jurisdição não poderia ser considerada como um serviço divisível, pois a solução de tal conflito produziria efeito para a coletividade, razão pela qual seria serviço indivisível e, portanto, também custeado por impostos; a capacidade contributiva dos mais carentes seria fator de relevo a justificar que o Estado custeasse, com impostos, sua obrigação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Por fim, a defesa de que a jurisdição empresarial pode ser majoritariamente custeada por seus usuários justifica-se, ainda, pela possibilidade de se vincular a receita de sua arrecadação ao seu próprio custeio. A Constituição Federal, em seu artigo 167, inciso IV, veda expressamente que a receita de impostos seja dirigida a órgão, fundo ou despesa. Contudo, considerando que as custas processuais têm natureza jurídica de taxa, o montante arrecadado pode ser destinado especificamente à manutenção da estrutura da jurisdição especializada. A possibilidade de vinculação de tal espécie de receita é tema pacífico perante o Supremo Tribunal Federal, sendo passível citar inúmeros precedentes nesse sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1145, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2059, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2129, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3028, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3643 e Recurso Extraordinário nº 570513²¹⁶.

É possível se defender que a jurisdição comum deverá ser custeada parcialmente por impostos e, em maior parte, por taxas. Essa forma de custeio híbrido da jurisdição já foi defendida por Salvatore Satta, após contrapor os entendimentos de Einaudi e Carnelutti – vale dizer que o debate foi destacado pelo Ministro Moreira

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1145, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2059, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2129, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3028, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3643 e Recurso Extraordinário nº 570513.

Alves no julgamento da já mencionada Representação nº 1077 – tendo assim sugerido seu modelo:

Ló Stato non può addosare tutte le spese della giurisdizione ai litiganti. La distribuzione dei mezzi di provvista finanziaria in imposte e tasse mi pare essenziale, nel senso che almeno una parte dell'onere deve gravare su tutti i cittadini, e quindi essere coperto coi proventi delle imposte. Lo Stato può rispetto ai litiganti: o dispensarli da qualunque tassa, qualora ritenga sufficiente l'imposta a coprire le spese della giustizia, o tassarli. Ma la tassazione deve avere un limite, il limite cioè segnato dal *dovere* dello Stato di cui sopra abbiamo parlato. Se ló Stato impone tasse che rendano impossibile al titolare del diritto di ottenere la tutela del próprio diritto, manca al suo dovere, e lede contemporaneamente l'interesse generale alla composizione delle liti o all'attuazione della legge, come sopra abbiamo detto²¹⁷.

Este entendimento, sabe-se, é contrário ao que decide o Supremo Tribunal Federal há mais de quatro décadas, mas, conforme foi exposto no início dessa divisão, é o que se verifica na conjuntura jurisdicional brasileira atual, sendo que nunca houve qualquer movimento político ou social cuja meta fosse eliminar a aplicação de impostos para o custeio da jurisdição, o que seria atender o posicionamento da Corte Constitucional de um lado, mas de outro desestruturar o Poder Judiciário e inviabilizar a racional aplicação dos recursos públicos orçamentários.

3.4.3 A obrigação do Estado em proporcionar uma jurisdição adequada aos conflitos empresariais: crítica à arbitragem como única alternativa viável para a solução eficiente de litígios empresariais

É notório o discurso nos meios acadêmicos e empresariais no sentido de que a arbitragem é o melhor, senão único meio, de se obter a solução dos litígios entre empresários de forma eficiente.

²¹⁷ SATTA, Salvatore. Riflessi tributari della teoria generale del processo, in **Rivista del Diritto Commerciale**, volume XXXVI, parte prima. Milano: Casa editrice Francesco Vallardi, 1938, p. 198.

Deve ser destacado que neste trabalho, examina-se a arbitragem local ou estadual, não se desconhecendo que no âmbito transnacional (internacional) a arbitragem é o método mais comum de resolução dos conflitos²¹⁸.

Conforme expôs Francesco Carnelutti, são várias as razões que levam as partes a preferirem o juízo arbitral à jurisdição convencional, dentre elas, a especialização do julgador para questões excepcionais, a possibilidade de não tornar a lide pública, a utilização de documentos na arbitragem que não estejam de acordo com as normas tributárias vigentes e o exercício de um juízo de equidade ao invés de um juízo de direito²¹⁹.

Luciano Benetti Timm indica como principal fator para que a arbitragem prospere no Brasil o fato de que há uma notória crise processual, somada à crise do Poder Judiciário, afirmando que há uma grande dificuldade para se criar um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver litígios. Desse modo, entende ser necessário encontrar vias alternativas para solucionar controvérsias e a arbitragem seria uma das possíveis sugestões. Destaca, contudo, que a arbitragem não substitui com êxito a totalidade da atividade jurisdicional estatal, mas apresenta duas características positivas adicionais: o sigilo e a rapidez da solução dos litígios e, especialmente, quanto a esse último dado, permitiria afirmar que a arbitragem em comparação com a jurisdição tradicional teria o condão de diminuir os custos de transação com maior eficiência. Ainda, destaca as seguintes qualidades da arbitragem: “o julgamento por *experts* ou julgadores hábeis; a ausência de formas solenes; a possibilidade de julgamento por equidade ou escolha das partes sobre a lei a ser aplicada”²²⁰.

²¹⁸ “A arbitragem transnacional constitui o modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional, ante o qual o recurso aos tribunais estaduais se apresenta como um meio secundário e subsidiário. Com efeito, estima-se que cerca de 90% dos contratos do comércio internacional contêm cláusulas arbitrais. Mesmo nos casos em que o contrato não inclui uma cláusula compromissória ou em que a relação controvertida não tem carácter contratual é sempre possível que as partes submetam à arbitragem um determinado litígio emergente de uma operação do comércio internacional. O sucesso da arbitragem transnacional mede-se também pela elevadíssima taxa de execução voluntária das decisões arbitrais, que se deve muito às consequências bastantes gravosas que podem advir da inexecução para as partes que estão inseridas em certos círculos comerciais.” (PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2005, p. 23.)

²¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 163.

²²⁰ TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 23.

De outro lado, Athos Gusmão Carneiro destaca que embora haja um manifesto propósito de se conferir à arbitragem uma efetividade plena como substitutivo da jurisdição, o sistema jurídico processual não pode impedir uma demanda, cujo objetivo seja a declaração de nulidade da sentença arbitral²²¹, o que a Lei Federal nº 9.307/96 prevê expressamente em seu artigo 33.

Enzo Pulitanò afirma que a arbitragem é mais do que um meio alternativo de solução de conflitos, atualmente, trata-se de uma verdadeira exigência para a empresa, pois além da propalada celeridade e sigilo, a especialização do julgador é fundamental e se realizada na arbitragem. Destaca:

Una cura speciale, in particolare, va posta nei criteri per l'individuazione, e nella individuazione in concreto, delle persone da chiamare a far parte degli organi decisionali e, ove sia opportuno costituirli, di controllo. Accanto ad avvocati ed ex magistrati, credo che la scelta potrebbe estendersi, oltre che ad esperti del settore interessato (come è nel caso del Giuri), anche a dirigenti di azienda (legali e non), che sarebbero in grado di apportare un'approfondita conoscenza specifica del settore e la notevolissima esperienza acquisita sul campo²²².

Eduardo Silva da Silva sugere que a arbitragem é uma necessidade das empresas em tempos de aceleração do comércio internacional, integração das economias e como meio de solução de controvérsias locais. Desse modo, entende que os empresários brasileiros devem organizar-se em Câmaras de Comércio, empreendendo esforços para que sejam superados os obstáculos culturais contra a arbitragem, a fim de buscar a aceitação da doutrina acerca do tema e a garantia para aqueles que dela se utilizam²²³. Afirma o autor que a crise pela qual passa o Poder Judiciário, incapaz por inúmeros motivos de atender à totalidade dos reclamos da sociedade pela prestação jurisdicional, em especial aquelas relacionadas ao direito empresarial, é um dos principais motivos ao estabelecimento de novas alternativas de resolução dos litígios. Entende que essas formas alternativas devem ser os “canais *titulares* ou *principais* para tal espécie de demandas”²²⁴, pois entende que “o canal precípua para resolução de

²²¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op cit.* p. 47.

²²² PULITANÒ, Enzo. Le esigenze delle imprese - La crisi della giustizia civile vista da chi opera giorno per giorno nelle aziende, in **Impresa & Stato**, n. 40, set. 1997, Milano: Cacomm, 1997, p. 21.

²²³ SILVA, Eduardo da Silva. **Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 217.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 187.

alguns tipos de controvérsias é aquele que mais adequadamente pode dar respostas pacificadoras para a situação de tensão instaurada”²²⁵.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth tratam da arbitragem, destacando sua antiga origem histórica, procedimentos informais, julgadores com formação técnica e decisões com limitadíssima possibilidade de recurso. Contudo, afirmam que o processo arbitral tem se revelado progressivamente mais dispendioso, uma vez que as partes devem arcar com os honorários dos árbitros. Desse modo, destacam as propostas que sugerem que o Estado arque com tais honorários ou que cedam os juízes para atuar como árbitros. Citam exemplos como o da França, que em 1971, instituiu a possibilidade de que as partes utilizem a atuação de um magistrado para que atue como árbitro, ou a instituição de um sistema de arbitragem com árbitros voluntários, como ocorreu na Califórnia e em 1976 foi tornado um sistema formal de arbitragem compulsória, disponível por requisição do demandante²²⁶.

Luiz Antonio Scavone Junior, ao comparar o procedimento arbitral e o processo judicial, afirma que ambos resultam em um título executivo de natureza judicial, contudo, demandam lapsos temporais consideravelmente distintos para se formar: enquanto a sentença arbitral é proferida em alguns meses, a judicial exige anos de trâmite processual. Ademais, ao lado da celeridade, aponta outras características positivas da arbitragem, a saber: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade. Por fim, anota que é “certo que as medidas de urgência (tutelas antecipadas e cautelares) deferidas pelo árbitro, bem como a execução da sentença, ainda são levadas a efeito junto ao Poder Judiciário, que as materializa”²²⁷.

Sobre a arbitragem, Luiz Guilherme Marinoni apresenta uma posição crítica ao instituto, afirmando não ser possível equipará-lo à jurisdição, embora tenha sido esta a solução para considerá-la constitucional. Alerta para o fato de que “a instituição da arbitragem revela uma inocultável exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente dos conflitos sensíveis a uma classe social muito

²²⁵ SILVA, Eduardo da Silva. *Op. cit.*, p. 188.

²²⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 82-83.

²²⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

privilegiada, o que pode significar a intenção de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas”²²⁸.

O objetivo do presente trabalho, em relação à arbitragem, não é discorrer sobre sua natureza jurídica, se é espécie que se enquadra dentro de um conceito ampliativo de jurisdição ou se refere a um instituto contratual, controversia até hoje rica quando se discute sobre ela²²⁹, mas apenas constatar que é obrigação do Estado fornecer um serviço jurisdicional cuja eficiência equivalha à arbitral.

A arbitragem é constitucional, não resta dúvida, o que ficou assente após o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei Federal nº 9.307/96, no Agravo Regimental na homologação de sentença estrangeira nº 5.206²³⁰.

Contudo, a questão é que a arbitragem deve ser uma opção de solução de litígios, uma alternativa dentre duas possíveis – em comparação com a jurisdição estatal – e não uma escolha por exclusão necessária ante a ineficiência do Estado em cumprir a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, no sentido de que a todos são assegurados uma duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Como se viu, a opção pela arbitragem surge, principalmente, não por suas qualidades intrínsecas, mas antes pela incapacidade da jurisdição estatal de atender aos reclamos dos conflitos empresariais.

Valendo-se da posição de Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça não pode ser entendido como mero ingresso em juízo. Destaca o autor que a garantia constitucional da ação seria algo inoperante, caso se resumisse a assegurar que as pretensões fossem veiculadas por um processo, não prestando, contudo, um tratamento

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, 2ª edição. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2007, p. 157.

²²⁹ “é bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nestes onze anos de vigência da Lei de Arbitragem – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 26-27.)

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na homologação de sentença estrangeira nº 5.206.

adequado ao reclamo. Portanto, não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame da pretensão pelo Poder Judiciário, mas também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para as pretensões²³¹.

Na mesma linha, cita-se Cássio Scarpinella Bueno, para quem “tutela jurisdicional só pode ser entendida como significativa da proteção jurisdicional efetiva e tempestiva dos direitos controvertidos”²³².

Luiz Guilherme Marinoni critica a ideia de que a função da jurisdição é apenas obter a pacificação social, pois, segundo ele, é necessário se verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a obter esse fim²³³. Em verdade, o autor entende que a jurisdição deve ser considerada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Assim, a norma processual não pode ser interpretada como um fim em si mesma, mas sua concretização deve levar em conta as necessidades de direito material reveladas em cada caso²³⁴. Acerca do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, esclarece que “além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o que essas necessidades se revelam no caso concreto”²³⁵.

Embora haja divergência quanto à opinião acima citada do autor acerca da arbitragem, esta tese se filia ao entendimento acerca da obrigação estatal de promover uma correta e efetiva tutela jurisdicional, por ser obrigação constitucional, atentando para as peculiaridades e necessidades do direito material envolvido no litígio.

O Estado deve fornecer uma estrutura jurisdicional especializada que atenda não só a necessidade de celeridade para dirimir os conflitos empresariais, mas também de uma estrutura processual que garanta as mesmas prerrogativas da arbitragem, e que serão melhor desenvolvidas no capítulo seguinte, notadamente em relação ao juízo de

²³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. I, 2ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2002, p. 114-115.

²³² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 265.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, 2ª edição. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2007, p. 113.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 118-121.

²³⁵ *Idem, ibidem*, p. 138.

equidade, informalidade e sigilo. Ademais, uma jurisdição especializada pode ser ainda mais efetiva que a arbitragem.

Neste ponto, há que se invocar antiga premissa, fundadora da ideia de Estado e Poder, que é a coercibilidade. Pietro Calamandrei afirma que a coercibilidade é a possibilidade de coação, que tem lugar quando os indivíduos não estão dispostos a respeitar voluntariamente as leis. Há, portanto, uma atividade posterior do Estado que complementa a atividade legislativa: trata-se do emprego da força para fazer valer os comandos normativos. Em suas palavras, “esta posterior atividade do Estado, direcionado a colocar em prática a coação ameaçada e a fazer efetiva a assistência prometidas pelas leis, é a jurisdição”²³⁶.

É certo que a arbitragem não conta com o especial poder da coercibilidade, ou seja, não pode impor a execução forçada de suas decisões. Aliás, caso o próprio contrato que contenha a cláusula compromissória seja também um título executivo extrajudicial, não se pode impedir a propositura da demanda executiva diretamente perante o Poder Judiciário ao invés de se instaurar a arbitragem sobre o tema, tal qual exposto por Cândido Rangel Dinamarco:

A convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada²³⁷.

Em sede de juízo arbitral, portanto, no mais das vezes, é possível se obter uma decisão mais célere e com natureza jurídica de título judicial, equivalendo a uma sentença proferida por magistrado devidamente empossado. Contudo, há situações, que não são raras, em que a lide exige uma espécie de tutela que apenas a jurisdição estatal pode conceder: trata-se dos casos em que se faz necessário uma medida liminar – cautelar ou de antecipação de tutela – algum ato de coerção para fins de instrução, como a condução de uma testemunha, ou, principalmente, a execução da sentença arbitral. Ou

²³⁶ CALAMANDREI, Pietro. *Op. cit.* p. 106-107.

²³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

seja, o procedimento arbitral e a jurisdição estatal complementam-se em grande parte dos casos²³⁸.

Com efeito, a arbitragem deve ser uma das opções postas ao empresário. Deve poder decidir entre não litigar ou, decidindo a intervenção sobre o conflito, utilizar-se da jurisdição estatal ou da arbitragem.

Não se pode furtar o Estado de fornecer um serviço público jurisdicional à altura da tutela exigida pelos conflitos empresariais. Em verdade, a solução dos conflitos empresariais de forma célere e adequada é de interesse da própria coletividade, além dos particulares, porque o desenvolvimento econômico depende do dinamismo e da segurança das relações econômicas do mercado.

A classe empresarial não pode admitir a arbitragem como a única alternativa para solução de seus conflitos. A ineficiência da jurisdição “pública” não pode ser considerada como dada e definitiva. Tal comportamento é condescendente com o descumprimento da garantia constitucional acima referida.

Como destaca Carlos Alberto Carmona, analisando a experiência de mais de uma década de vigência da lei federal que regulamentou a arbitragem no Brasil, os envolvidos com o tema constataram que o receio de que a arbitragem concorreria com o Poder Judiciário na solução dos litígios não era procedente, uma vez que a prática demonstrou que a arbitragem jamais poderá substituir a atividade jurisdicional protagonizada pelo Estado²³⁹.

Outrossim, não é argumento novo, mas a arbitragem nem sempre está disponível para todos os cidadãos, em especial, para os diversos portes de empresários. De outro lado, a jurisdição empresarial deve ser moldada no sentido de universalidade de acesso por todos os empresários, nos moldes de custeio acima referidos.

²³⁸ “incidentes cautelares, a convocação de testemunhas renitentes e quaisquer outros atos que pressupõem a utilização do aparato do Estado, somente a este cabe adotar, a requerimento do árbitro, cuja competência não fica afetada, pois se restringe ‘a solução do litígio entre as partes e não entre estas e terceiros ou entre estas e os próprios árbitros, como ocorre no caso de arguição de suspeição ou impedimento dos árbitros, em que somente ao juiz cabe decidir a questão. Medidas cautelares ou preparatórias envolvem sempre o poder de constrição do Estado e somente o juiz é que pode decretá-las, mesmo na pendência do procedimento arbitral, a pedido do árbitro. (...) a intervenção do Estado limita-se a permitir o desenvolvimento do processo arbitral, assegurando a produção de provas, a realização de atos indispensáveis ‘a instrução do processo ou para assegurar a eficácia futura do laudo. As duas competências convivem e convergem para o mesmo escopo: composição do litígio.” (MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 105.)

²³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 2.

A arbitragem deve ser uma das alternativas possíveis, mas não a única; deve conviver com uma jurisdição empresarial célere e que preste a tutela processual adequada, porque, ao menos na fase executiva, suas funções não contam com paralelo. A competência na execução é indelegável.

Assim, admitir a arbitragem como o “principal canal” para dirimir os conflitos empresariais é decretar a falência da jurisdição estatal o que coloca em cheque o próprio financiamento estatal e, em sentido mais amplo, a função do Estado.

3.4.4 A jurisdição empresarial e o princípio *iura novit curia*

Na chamada primeira fase do direito comercial, acima examinada, os Tribunais consulares tinham o papel jurisdicional de aplicar as normas comerciais ao conflito entre comerciantes, sendo que com o passar do tempo e o aumento da influência da classe, essa extensão também se deu às relações entre comerciantes e particulares. Mas a consequência de se submeter ao Tribunal não era meramente processual: havia também consequência acerca da natureza jurídica da norma que seria aplicada no conflito. Os cônsules aplicavam os usos e costumes comerciais e os *estatutos* aos conflitos, enfim, o *ius mercatorum*, sendo que o direito comum era aplicado aos demais habitantes da cidade, aos estrangeiros, nobres e eclesiásticos.

A questão era, portanto, de vinculação do magistrado à norma jurídica que deveria aplicar.

Da mesma forma, a partir da adoção da teoria dos atos de comércio como matriz do direito comercial, duas consequências houve: definir a competência da justiça comercial para a lide e delimitar a norma jurídica em sentido amplo que seria aplicada na solução do litígio.

No Brasil, enquanto atuaram os Tribunais do Comércio, ou seja, até 1875, por força do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, quando a demanda versasse sobre “negócios e causas commerciaes”²⁴⁰ deveria ser aplicada obrigatoriamente a

²⁴⁰ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 20 outubro 2012.

legislação comercial, a qual estava definida no artigo 2º do diploma e consistia no Código do Comércio e, apenas subsidiariamente, nos usos comerciais e nas leis civis.

O que se via, portanto, era uma vinculação do juiz especializado à aplicação de determinada espécie de norma jurídica, que se referia aos negócios comerciais. Nessa época, a dicotomia era clara entre o direito civil e o direito comercial. Contudo, como visto, na Itália, a separação do direito privado foi vencida em 1942, produzindo efeitos no Brasil em 2002, com a edição do Código Civil. Portanto, por não haver uma legislação específica para o direito empresarial, senão aquela prevista dentro do próprio Código Civil, há aqueles que entendem pela desfiguração da matéria, resultando, inclusive, na propositura de um código comercial, como apontado acima, cuja intenção é vincular o julgador a aplicar determinada regra de direito positivo quando constatar que a relação é travada entre empresários, conforme previsão do artigo 268 do anteprojeto “quando a relação obrigacional envolver, como credor e devedor principal, apenas empresários, aplicam-se as normas específicas deste Código”²⁴¹.

O que se verifica é que há uma tendência histórica no sentido da necessidade de um regime de direito positivo próprio para os comerciantes, contudo, olvidou-se que é a solução da lide que torna concreto o comando normativo.

O cerne da questão talvez não seja a existência de dois diplomas legais distintos que criem tratamentos diferenciados em tese para institutos afins, mas a existência de duas jurisdições distintas e que tenham uma concepção clara da diferença de tratamento jurídico que merece uma relação contratual comum e uma formada por empresários.

Certos institutos jurídicos como a boa-fé objetiva, por exemplo, ou o risco, tem sentidos diferentes, a depender da natureza pessoal do contratante. Não é possível dar contornos legais definitivos para o conceito de boa-fé entre particulares e empresários, mas, a partir da existência de uma jurisdição especializada, é possível que o magistrado, afeto às situações entre os empresários, possa dar concretude a institutos idênticos quanto ao nome, mas profundamente distintos na aplicação prática, dependendo da função econômica do negócio jurídico travado²⁴².

²⁴¹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 20 outubro 2012.

²⁴² É possível citar como exemplo de disparidade de julgados em situações análogas, os dois seguintes, em que o cerne da controvérsia era a possibilidade de se entender existente contrato verbal de fornecimento. No primeiro caso, apelação nº 992.06. 035130-5, da 26ª Câmara do Tribunal de

Outrossim, mesmo na relação entre empresários, é possível se vislumbrar a possibilidade de se tratar de negócio consumerista, a partir das definições de consumidor e fornecedor contidas na Lei Federal nº 8.078/90²⁴³, mas nem por isso deverá ser excluído o julgamento da lide pelo juiz empresarial.

É necessário que a jurisprudência defina com segurança quais são os critérios definidores para a aplicação da legislação de proteção do consumidor empresarial.

Não se pode olvidar que conceitos como a vulnerabilidade de um dos contratantes, que pode configurar conduta de abuso do poder econômico por parte da outra, ou a hipossuficiência que gera também um prevalecimento, contudo, pré-concebido, na gênese do contrato, são situações que se diferenciam de forma muito tênue.

Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Desembargador Norival Silva, julgada em fevereiro de 2010, embora tenha havido fornecimento regular desde 1952 de insumos para a autora da demanda, entenderam os julgadores “que não havia entre as partes qualquer regramento para o fornecimento continuado, mas sim, contrato de compra e venda mercantil verbal, correspondente a cada encomenda, que se exauria pela entrega e pagamento do respectivo preço”. Já no outro paradigma, apelação nº 218.315-4/7, da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, praticamente contemporâneo ao julgamento precedente, pois realizado em novembro de 2009, os julgadores, acompanhando o voto do relator, Desembargador Caetano Lagrasta, analisaram também uma relação em que houve fornecimento regular desde 1996, e entenderam que a prática fez com que se formasse efetivamente um contrato verbal de fornecimento: “inconsistente a alegação de que o relacionamento ocorria de maneira informal ante a ausência de contrato escrito, ou mesmo que cada operação era considerada de forma individualizada (fls. 79/80). Isto porque, para a parte vulnerável neste tipo de relação, em que seu faturamento depende do fornecimento de insumos, a relação contratual não pode ser considerada como eventual, eis que a própria existência da empresa depende de sua continuidade (...) A finalidade da relação contratual entre as partes é o contrato de fornecimento e, assim, devem ser interpretados os fatos e suas consequências jurídicas”. A comparação dos dois julgados deixa claro a disparidade de entendimentos acerca da matéria empresarial. É possível se afirmar que no primeiro caso, a lógica jurídica de interpretação foi dada com base em relação contrato comum, enquanto na outra, analisando a função do negócio jurídico e seu enquadramento como empresarial, a interpretação baseada no empirismo se adequou perfeitamente ao objeto da lide.

²⁴³ Neste sentido concordamos com a posição de Antônio Carlos Efig: “compartilhamos do entendimento de que, de fato, as situações jurídicas já reguladas por outros ramos do direito, que se referem às relações de consumo, após a edição do CDC não poderão ser resolvidas com a aplicação de outros princípios, senão pelos reguladores do Direito de Consumo. Quanto à utilização do CDC em substituição às regras de Direito Comercial em determinadas situações, reiteramos nosso entendimento no sentido de que, como o CDC veio a alterar toda uma realidade nacional, especialmente quanto ao aprimoramento da qualidade dos bens postos no mercado de consumo, a todas as situações que reflitam uma relação de consumo impõe-se a aplicação das regras do CDC, até pelo fato de que somente desta maneira estará se operando esta mudança de atitude e mentalidade.” (EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2011, p. 75-76.)

Assim, a única decisão que pode gerar um posicionamento seguro é aquela proferida com exclusividade nas lides que envolvem empresários²⁴⁴. Nesses moldes, a segurança jurídica gerada pela jurisdição, no sentido de previsibilidade das decisões judiciais, estar-se-á realizando plenamente.

E para se manter a coerência interna da jurisdição especializada, a estrutura deve ser a mesma das já existentes, compostas por juízos em primeiro grau, segundo grau e por um tribunal superior, sendo que o único órgão comum em relação às demais justiças especializadas será o Supremo Tribunal Federal, responsável para julgar os conflitos de competência. Portanto, entende-se que no exercício da jurisdição empresarial, deve ser dada plena e ampla aplicação do princípio da *iura novit curia*, cabendo ao magistrado aplicar a norma jurídica que melhor aprouver ao caso.

É necessária uma mudança de enfoque. Não se carece de normas de direito positivo para a matéria empresarial, mas sim se delimitar quais são as relações de direito empresariais e quais as normas de direito positivo se aplicam em cada caso, o que só pode ser feito com efetividade pela atividade jurisdicional, que gera a jurisprudência. Com efeito, desse modo, entende-se que a identidade do direito empresarial será refeita.

²⁴⁴ O Superior Tribunal de Justiça adota uma posição casuísta acerca da aplicação ou não do CDC a empresários ou equiparados, sem, contudo, definir premissas objetivas:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.

1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor.
2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.
3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica.
4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro.
5. Negado provimento ao recurso especial.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1010834/GO, Relatora Ministra Nancy Andrigui.)

3.5 A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO EMPRESARIAL

É originária e incontroversa a relação entre jurisdição e competência: trata-se da distribuição do trabalho entre os órgãos que compõem a jurisdição. É célebre a máxima: a competência é a medida da jurisdição.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que essa divisão é o que concretiza a jurisdição e o *iter* para conhecimento da autoridade competente depende de regras para operações de três naturezas: determinação; modificação e concentração²⁴⁵.

A primeira operação – a determinação – é feita em abstrato pela lei, indicando a competência de cada organismo judiciário (Justiças), e dentro delas, quais serão de competência originária dos tribunais e as que serão dos órgãos inferiores, tratando da delimitação das porções territoriais (foros) e então dos organismos individualizados (juízos, varas especializadas etc). A segunda operação – a modificação – consiste na previsão de regras para alteração de competência, quando o critério de competência não contar com imperatividade absoluta, admitindo-se a prorrogação. Por fim, a concentração da competência ocorre quando se exclui a competência de todos os órgãos existentes em prol de um único, quando ocorrerá a prevenção.

As normas para determinação estão previstas na Constituição Federal, na lei ordinária federal, nas Constituições dos Estados, nas leis de organização estaduais e regimentos internos dos tribunais. As normas sobre modificação estão previstas em lei ordinária federal, por exemplo, o Código de Processo Civil. Já aquelas que dizem sobre a concentração estão previstas na lei ordinária federal e nos regimentos internos dos tribunais²⁴⁶.

Giuseppe Chiovenda desenvolveu a clássica separação da competência com base em três critérios: objetivo, funcional e territorial. O critério objetivo é aquele que classifica as demandas quanto ao valor da causa, quanto à natureza da causa, ou seja, o conteúdo especial da relação jurídica em lide e quanto à qualidade das pessoas envolvidas na lide. O critério funcional se dá com base nas atividades que serão desenvolvidas pelo Magistrado na lide, podendo haver juízes de primeiro e segundo graus, juízes de cognição e execução, por exemplo. Por fim, o critério territorial está

²⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 416.

²⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 416-418.

relacionado com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional²⁴⁷.

Voltando a Cândido Rangel Dinamarco, ele afirma que a clássica separação matéria-lugar-pessoa já não é mais suficiente para delimitar com clareza a competência e que a classificação *chiovendiana*, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 já está ultrapassada²⁴⁸. Em resposta, apresenta um intrincado, porém completo, exercício de definição da divisão de competência no Brasil, elegendo para isso, como dados iniciais, os elementos da demanda – partes, causa de pedir e pedido – complementando com a competência funcional²⁴⁹.

Acerca da qualidade pessoal, aponta a definição da competência da justiça federal nas causas em que a União ou uma de suas autarquias ou empresas públicas sejam parte; o foro da residência da mulher para a demanda de separação ou divórcio; a qualidade pessoal do alimentando para as demandas em que for autor; o domicílio dos litigantes para definição do local para propositura²⁵⁰.

A causa de pedir versa sobre os fatos narrados e as razões de direito material invocados ao demandar. Assim, nas causas reparatórias por acidente de trânsito, por exemplo, o local do acidente pode receber a propositura da demanda; assim, como o domicílio do consumidor. Quanto aos fundamentos de direito, a matéria é critério para definir a competência da Justiça do Trabalho, bem como o direito falimentar para delimitar a especialização das varas específicas²⁵¹.

O pedido pode ser considerado para fixação, levando-se em consideração a natureza e valor do objeto ou a espécie de tutela jurisdicional a ser pleiteada. Quanto ao primeiro dado, cita-se a competência geográfica da localização do bem para a demanda sobre direito real ou o valor do proveito para a fixação de competência dos juizados especiais cíveis. No que tange à espécie de tutela, a fixação de juízo quando houver processo de conhecimento, de execução ou cautelar, ou mesmo para procedimentos específicos como mandado de segurança ou *habeas corpus*²⁵².

²⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 184-185.

²⁴⁸ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 438-440.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 422-423.

²⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 423-424.

²⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 424-425.

²⁵² *Idem, ibidem*, p. 425-426.

A partir dessa breve exposição e adotando as três operações para se estruturar a competência, entende-se que em relação à jurisdição empresarial, as normas acerca da modificação que levam à prorrogação de competência, como aquelas que definem a conexão, podem ser as mesmas empregadas pelo atual Código de Processo Civil.

Quanto à concentração, considerando a amplitude de normas existentes acerca do tema, não é possível cravar-se um sistema rígido e exaustivo, senão a observação e atividade empírica é que a determinará. Assim, por exemplo, entendendo o Magistrado ser caso de aplicação da legislação consumerista em determinada relação entre empresários, a norma acerca de competência territorial válida será a do domicílio do autor. Contudo, a regra geral, de que é competente o foro do domicílio do réu, prevista no artigo 94 do Código de Processo Civil, deve ter a mesma aplicação na jurisdição empresarial.

Por fim, e questão mais importante, necessária à determinação da competência para uma jurisdição empresarial, ou seja, eleger os critérios em abstrato que delimitarão a atuação dessa justiça especializada.

Não há dúvida, importa frisar, que para efeitos legislativos a criação e delimitação exigirá previsão constitucional, tal qual ocorreu com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ocorrida com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Como se viu ao longo do primeiro capítulo, o direito comercial e seu objeto quase sempre estiveram relacionados a um problema processual, o de fornecer um quadro de hipóteses para se definir a competência dos tribunais do comércio. Os Tribunais Consulares eram destinados aos comerciantes inscritos; o Tribunal do Comércio francês tem por competência julgar as demandas que versem sobre atos do comércio.

O que se verifica, quando se invoca a criação de uma jurisdição empresarial, é o resgate dessas questões históricas do direito comercial, só que agora a partir de um novo prisma.

Invocando a concepção clássica de Giuseppe Chiovenda, acerca dos três critérios definidores de competência, como previstos no Código de Processo Civil de 1973, e a análise de Cândido Rangel Dinamarco, que dá a medida da competência interna brasileira a partir do entrelaçamento dos elementos da demanda – partes, causa

de pedir e pedido – é possível se afirmar que a delimitação em abstrato da competência da jurisdição empresarial deve se dar com base em dois dados: *ratione personae* e, subsidiariamente, *ratione materiae*.

Entretanto, o desenho da competência com base nestes dois fatores não é tarefa fácil, pelo contrário, em razão de dois principais fatores: a fluidez natural de muitos institutos empresariais – prejudicando a definição material – e a crise conceitual pela qual passa o direito empresarial – prejudicando, principalmente, a definição pessoal.

A partir dessa colocação, embora a tentativa seja de definir cientificamente a competência a partir do sistema empresarial, necessário destacar que no aspecto material, a enumeração será exemplificativa, não exaustiva, para que a jurisprudência possa preencher as lacunas daquilo que não pode ser antevisto.

Assumir a árdua tarefa de explorar um caminho ainda não conhecido exige estar preparado para a crítica, que será procedente, ao se fazer certas escolhas e não outras, mas sempre deixando claro que, na dúvida, certo direcionamento se deu com base na preponderância de dois princípios tão caros ao direito empresarial: a eficiência e a segurança jurídica.

Passa-se a seguir à exposição do modelo de competência em sentido abstrato da jurisdição empresarial.

3.5.1 Critério pessoal

O principal critério definidor de competência da jurisdição empresarial é o pessoal, assim, a regra geral é de que só será competente a especializada quando houver empresários na qualidade de litigantes.

Contudo, não basta que uma das partes seja empresária, mas sim que ambas o sejam. Isso porque, obviamente, essa jurisdição especializada deve conviver com as demais, para as quais a natureza da relação controvertida é especial e atrai a demanda, por exemplo, as demandas trabalhistas.

O critério pessoal, como é por definição, trata-se de um critério absoluto, vale dizer, em se verificando que a demanda reúne dois empresários, qualquer outra jurisdição será absolutamente incompetente, a não ser que haja disposição constitucional em contrário.

Assim, nestas condições, em regra e independentemente da matéria discutida, a lide será julgada pelo juiz empresarial.

A questão que se põe, contudo, é a definição do que é empresário.

Atualmente, o artigo 966 do Código Civil traz a definição do empresário. Trata-se de um conceito que leva em conta as características da atividade, sendo que o parágrafo único do mesmo artigo excepciona algumas atividades que, embora tenham conteúdo econômico, em razão de sua natureza personalíssima, são excluídas da ideia e definição de empresa.

Há que se destacar que a teoria da empresa tem o especial mérito de desvincular a atividade em si e o seu executor, o que permite situações tais como, no processo falimentar, a substituição do empresário e a continuidade da atividade, em atenção ao princípio da conservação da empresa. Portanto, toda atividade que, antes de ser organizada e “independente”, é vinculada e depende do seu executor para efetivamente existir, não pode ser considerada empresarial.

A despeito dessa construção que apresenta critério lógico-científico, uma análise um pouco mais detida do conceito de empresário em previsões esparsas do ordenamento jurídico brasileiro comprova a crise de sua definição.

A título de ilustração, destaca-se a definição do conceito de microempresa e pequeno empresário. A Constituição Federal, em seu artigo 170, trata da ordem econômica, especialmente em seu inciso IX, prevendo que deverá haver tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Trata-se de uma definição genérica, não em sentido técnico, contudo, deixa claro que o tratamento deve se dar em favor daqueles que desenvolvem a atividade empresarial.

Esse é o entendimento que se reforça pela redação do artigo 179 que determina aos entes federativos dispensar tratamento jurídico diferenciado para simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, em prol das “microempresas” e “empresas de pequeno porte”.

A concretização da definição constitucional só ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, quando foi definido o que era a empresa. Ademais, em seu artigo 970, repetiu a regra constitucional acerca do tratamento diferenciado ao pequeno empresário e ao empresário rural.

O Código Civil ainda dividiu as sociedades em duas espécies, as simples e as empresárias, sendo que no artigo 982 as separou justamente pelo critério da atividade. Portanto, pela leitura conjunta da previsão constitucional com a sistemática adotada pelo Código Civil, a consequência lógica seria de que o tratamento favorecido seria reservado ao empresário individual e à sociedade empresária, contudo, não foi esse o caminho adotado pelo legislador na redação da Lei Complementar n. 123/2006, a qual instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

O artigo 3º da mencionada lei definiu a *microempresa* e a *empresa de pequeno porte* e, de forma frontalmente contrária aos aspectos científicos da teoria da empresa, incluiu a sociedade simples como beneficiária dos ditames privilegiados.

Independentemente da questão política, econômica ou ideológica que possa ter movido a redação do artigo 3º, o fato é que este resta indubitavelmente contrário ao entendimento do que seja *empresa*, com base na definição do Código Civil.

Não bastasse esse exemplo, pode ser citado outro em que se constata o estado de perplexidade pelo qual passa a definição do empresário no Brasil. A figura do microempreendedor individual foi incluída na mesma Lei Complementar nº 123/2006, como sendo aquele que não aufera receita bruta superior a sessenta mil reais anuais, o que está previsto no artigo 18-A. Contudo, o parágrafo quarto do artigo, inciso IV, prevê que não fará jus ao benefício de recolhimento tributário simplificado aquele microempreendedor individual que contrate empregado.

Deste modo, constata-se que tal restrição vai de encontro ao que foi exposto acima no tocante ao cerne da teoria da empresa, que é a definição de uma atividade e a organização dos meios de produção pelo empresário. Portanto, ao se prever tratamento favorecido ao empresário, contudo, impedindo-o que organize a força de trabalho, vê-se uma contradição conceitual grave.

Para arrematar, recentemente a Lei Federal nº 12.441/2011 promoveu alterações no Código Civil e criou a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, sendo que, conforme previsão do parágrafo quinto, do artigo 980-A do Código

Civil, uma das hipóteses para sua criação é atribuir para a figura criada “a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional”.

O objetivo da norma é permitir que aqueles que desempenham atividades econômicas relacionadas, sobretudo, àquelas a que é vedado o caráter de empresário, possam constituir a EIRELI, cedendo seu direito de imagem, o que representa, salvo melhor juízo, a revogação tácita do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil²⁵³.

A investigação da *mens legislatoris* torna mais claro tal posicionamento, conforme exposto pelo relator Deputado Guilherme Campos no parecer acerca da proposta de substitutivo que incluía o citado parágrafo no projeto de lei nº 4605/2009:

De fato, a inclusão da sua proposta torna o Projeto de Lei em tela claramente um importante instrumento de apoio à produção intelectual, sem restringir, em absoluto, o seu evidente papel de destaque em apoiar as atividades empresariais conduzidas individualmente. Com a proposta do nobre Deputado, não apenas milhares, talvez milhões de pequenas empresas serão beneficiadas. Acatamos, plenamente, a emenda do ilustre colega e, reconhecendo seus méritos, queremos também registrar que sua análise despertou, em mim, a ideia de que a emenda poderia ficar ainda melhor, ainda mais abrangente. Nesse sentido, proponho acatá-la, porém com pequena alteração em sua redação; se os insígnies Parlamentares concordarem em aprovar a emenda com a redação que se apresenta abaixo, então não apenas intelectuais e artistas poderão constituir suas empresas e a elas transferirem seus direitos de autor e de imagem, mas também desportistas poderão fazê-lo. Vale lembrar, por desgastada que esteja, a antiga máxima segundo a qual a mente sã necessita de um corpo sã! Pretendo, portanto, que à emenda seja dada a seguinte redação: ‘poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada, constituída para a prestação de serviços de natureza científica, literária, jornalística, artística, cultural ou desportiva, a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.’ Em síntese, exclui-se, do texto, a palavra ‘intelectual’, pois já implícita nos trabalhos que menciona, e inclui-se, explicitamente, a palavra “desportiva”, para acomodar os casos mencionados, essencialmente dos atletas de destaque, seja tal distinção de expressão internacional ou apenas local²⁵⁴.

²⁵³ Importante destacar que está sendo admitido o registro de EIRELI, inclusive, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, as chamadas “EIRELI-simples”, demonstrando que a o caráter empresarial não é critério distintivo para a nova figura.

²⁵⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=666861&filename=SBT+2+CDEIC+%3D%3E+PL+4605/2009>. Acesso em: 29 outubro 2012.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o relator Deputador Marcelo Itagiba, sugeriu outra redação para o parágrafo, contudo, apenas por semântica e não questão científica:

Por último, assinalo não vislumbrar razão para que a regra estabelecida no § 5º² esteja adstrita à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de natureza científica, literária, jornalística, artística, cultural ou desportiva. A nosso ver, a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional pode e deve ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza. Assim, estaremos dando maior alcance à nova forma de constituição de empresa, facilitando e aumentando o volume de capital empreendido nos negócios que tenham aptidão para a forma empresarial que ora se cria²⁵⁵.

Assim, espera-se ter conseguido comprovar, a partir de breve pesquisa, o nível da crise pela qual passa o conceito de empresa, ao menos, no âmbito do direito positivo.

De outro lado, Rachel Sztajn aponta que o conceito de empresa já está em mudança na Itália, que busca conciliar atividade de empresa e mercados em relação de dupla face. A partir da premissa de que o produto da atividade empresarial é destinado ao mercado e não tem a função de atender imediatamente ao necessitado pelo produtor, é coerente entender que nesse conceito enquadram-se como empresários os agricultores, os artistas e os exercentes de atividade intelectual. Portanto, quando o bem produzido é destinado ao mercado de forma profissional, resultaria atividade de empresa²⁵⁶.

A adotar-se essa nova definição de empresa, que supera a previsão legislativa, as previsões extensivas acima citadas estariam contidas e em consonância com uma previsão constitucional ampla para as figuras de microempresa e pequeno empresário.

Desse modo, definir o critério pessoal para acesso à jurisdição empresarial é uma tarefa que passa por enfrentar a crise do conceito de empresário.

Nesse contexto de incerteza, entende-se que a melhor definição do critério pessoal é determinar um requisito que, embora arbitrário, é o que melhor atenderá a

²⁵⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=793401&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+4605/2009>. Acesso em: 29 outubro 2012.

²⁵⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa – atividade empresária e mercados**. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 139-140.

exigência de certeza e segurança jurídica que se exige de uma previsão de competência fixada em lei. Para tanto, a melhor solução é exigir a comprovação da inscrição para que o empresário possa litigar perante a jurisdição especializada.

Contudo, adotando tal posição, outra crítica se avizinhará: a natureza da atividade empresa e a função do registro.

Há que se destacar que como é assente na doutrina comercial, o registro empresarial tem mero caráter declaratório e não constitutivo²⁵⁷. Destaca Alfredo de Assis Gonçalves Neto que a inscrição do empresário, em princípio, é um ato declaratório, cujo fim é dar publicidade à condição jurídica de quem exerce a empresa. Afirma que, portanto, incidem em erro aqueles que entendem se tratar a inscrição de condição constitutiva da qualidade de pessoa jurídica do empresário²⁵⁸.

De acordo com Rubens Requião, a inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis constitui um instrumento de publicidade, mas que não tem valor absoluto; não gera a qualidade de comerciante, a qual pode ser contestada por terceiro²⁵⁹.

Para reforçar a desnecessidade da inscrição para constituição do empresário, o próprio direito positivo brasileiro prevê a figura de sociedade não personificada, qual seja, a sociedade em comum, que não conta com registro, mas pode ser considerada empresária.

Essa regra só não se aplica ao produtor rural que pretenda se instituir como empresário, porque os artigos 971 e 984 do Código Civil permitem que o rurícola individual ou a sociedade que explore essa espécie de atividade escolha adotar o regime empresarial ou civil, tendo então o registro caráter constitutivo.

Prosseguindo, portanto, a definição do que seja empresário se faz pela análise da atividade que desempenha, o que invoca, sem dúvida, um juízo subjetivo acerca de conduta, que não pode ser apreciada *in limine*.

Neste ponto, surge um embaraço para a definição do critério pessoal, pois admitir como litigante todo aquele que afirme ser empresário, contando com registro ou

²⁵⁷ Válido destacar que o revogado Código Comercial de 1850, em seu artigo 4º, considerava que a qualidade de comerciante exigia dois requisitos a serem cumpridos, além de estar na livre administração dos seus bens e não estar proibido expressamente de comerciar: a matrícula perante os Tribunais do Comércio do Império e se fazer da mercancia a profissão habitual.

²⁵⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assim. *Op. cit.* p. 73-74.

²⁵⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 120.

não, poderia causar uma desnecessária controvérsia lateral, acerca da investigação da natureza jurídica dos atos praticados pelos litigantes, para se definir se há legitimidade para o processo e, via de consequência, para a definição da competência, estava presente. Surgido estaria o conflito acerca da natureza da atividade e a necessária celeridade e segurança jurídica esperadas de uma jurisdição empresarial estariam jogadas por terra.

Diante desse contexto e, em homenagem à celeridade, entende-se que o mais coerente seja permitir o acesso à jurisdição empresarial como autor apenas para aquele empresário que esteja regularmente inscrito perante o Registro Público de Empresas Mercantis.

Não há vedação legal que impeça tratar o empresário registrado e o não registrado de forma distinta, pelo contrário, afinal, como destaca Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o empresário não inscrito “jamais conseguirá exercer regularmente sua atividade”, citando inúmeras situações em que há disparidade de tratamento, a saber: não promovendo sua inscrição, poderá responder por perdas e danos perante eventuais prejudicados (Código Civil, artigo 1.151, § 3º); não poderá se inscrever perante o cadastro nacional de pessoas jurídicas e, dessa forma, não poderá recolher os tributos incidentes sobre sua atividade regularmente; não poderá autenticar seus livros (Código Civil, artigo 1.181); não poderá fazer prova a partir de sua escrituração (Código Civil, artigo 226); não poderá requerer, na qualidade de empresário, a falência de seu devedor (Lei de Recuperação de Empresas, artigo 97, § 1º); não poderá requerer sua recuperação judicial ou falência (Lei de Recuperação de Empresas, artigos 48, 51, V e 70, § 1º, e 161); por fim, em se tratando de sociedade empresária, os dirigentes poderão ser responsabilizados por omissão perante os sócios ou acionistas (Código Civil, artigo 1.016; Lei de Sociedades Anônimas, artigo 1.058, § 2º)²⁶⁰.

João Eunápio Borges afirma que o registro é teoricamente facultativo, mas praticamente obrigatório, porque embora sua ausência não cause nenhum prejuízo direto para o comerciante, ao contrário, graves consequências decorrem da sua falta, em razão do quê, “nenhum comerciante sério e consciente se absterá de registrá-la [firma]”²⁶¹.

Diante disso, condicionar ao litigante autor que comprove estar regularmente inscrito para que possa demandar perante a jurisdição empresarial tratar-

²⁶⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Op. cit.* p. 75.

²⁶¹ BORGES, José Eunápio. *Op. cit.* p. 171.

se-ia de mais uma condição favorável ao empresário regular e não de uma discriminação injustificável, porque, em nome da celeridade processual e segurança jurídica, evitaria um sem-fim de discussões acerca da natureza jurídica da atividade do autor, ficando claro que poderia o réu alegar a conseqüente incompetência absoluta do juiz empresarial, atraindo para si, contudo, o ônus de desconstituir a presunção relativa provocada pelo registro do autor.

Contudo, em relação ao réu, parece não ser o mais adequado exigir que conte com o registro empresarial para que possa ser demandado, embora deva ser empresário pela natureza de sua atividade. Caberá tal aferição e afirmação ao autor, uma vez que a exigência de registro prejudicaria tão somente o interesse do autor em se valer da jurisdição empresarial em razão de uma desídia do demandado em não se registrar, sendo este beneficiado.

De outro lado, não sendo o réu efetivamente empresário, por não desenvolver atividade empresarial, poderia alegar a incompetência absoluta, sendo do autor o ônus de provar tal qualidade, uma vez que não se pode exigir que o réu prove não ser empresário, em razão da distribuição equitativa do ônus da prova em consonância com o bom senso²⁶².

Considerando que a própria proposição de uma jurisdição especializada prescinde de definições claras e, por vezes, arbitrárias, entende-se quanto ao critério pessoal, em síntese, que é requisito indispensável para se atrair a competência que o autor esteja regularmente inscrito no registro público de empresas mercantis; quanto ao réu, pode ser inscrito ou não, cabendo ao autor provar a qualidade de empresário, caso o réu a negue e alegue a incompetência absoluta. Quando se tratar de rurícola, o registro será obrigatório, tanto para o autor da demanda, quanto para o réu, tendo em vista que no sistema empresarial brasileiro, o produtor rural pode optar por se enquadrar como empresário ou não e o fará mediante a inscrição competente.

²⁶² Neste ponto, por analogia, válido citar: “é evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 274.)

A jurisdição empresarial deve ter sua competência definida não apenas em razão da qualidade dos litigantes, mas também em razão da matéria que, independentemente de quem figurar no processo, deverá ter o litígio julgado pela especializada em razão de que o tema é manifestamente afeto ao direito empresarial, conforme se exporá a seguir.

3.5.2 Uma proposta de critério material

Em razão de tratar de institutos eminentemente empresariais, determinadas matérias serão atraídas pela competência absoluta da justiça especializada. Ou seja, independentemente de quem figure como litigante – seja autor ou réu – seja empresário ou não – seja pessoa física ou jurídica – a lide, por ser afeta ao direito empresarial, deverá ser necessariamente julgada pela jurisdição empresarial, considerando a especialidade dos julgadores que são os habilitados para definir a jurisprudência sobre os temas.

Para dar as primeiras luzes ao tema, conveniente verificar situações concretas que indicam uma linha de análise.

No Brasil, dois Estados – Rio de Janeiro e Minas Gerais – contam com órgãos jurisdicionais especializados dentro da estrutura da Justiça Estadual, intituladas como “Varas Empresariais”.

O Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro estipula, em seu artigo 101, a competência dos Juízes de Direito das Varas Empresariais do Rio de Janeiro, consistente no julgamento de ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, bem como aquelas previstas no artigo 91 da mesma lei estadual:

Art. 91 - Compete aos Juízes de Direito, especialmente em matéria de falências e concordatas:

I - processar e julgar:

- a) as falências e concordatas e os feitos que, por força de lei, devam ter curso no juízo da Vara Empresarial;
- b) os feitos que, por força da lei, devam ter curso no juízo da falência ou da concordata;
- c) as execuções por quantia certa contra devedor insolvente, inclusive o julgamento do pedido de declaração de insolvência;

d) as causas relativas a Direito Societário, especificamente:

1- nas em que houver atividade fiscalizadora obrigatória da Comissão de Valores Mobiliários;

2- nas que envolverem dissolução de sociedades comerciais, conflitos entre sócios cotistas ou de acionistas de sociedades comerciais, ou conflitos entre sócios e as sociedades de que participem;

3- as relativas a liquidação de firma individual;

4- nas que digam respeito a conflitos entre titulares de valores mobiliários e a companhia que os emitiu, ou conflitos sobre responsabilidade pessoal de acionista controlador ou dos administradores de sociedade comercial, ou ainda conflitos entre diretores, membros de conselhos ou de órgãos da administração e a sociedade.

e) as causas relativas à propriedade industrial e nome comercial;

f) as causas em que a Bolsa de Valores for parte ou interessada;

g) as causas relativas a Direito Marítimo, especialmente nas ações:

a. que envolverem indenização por falta, extravio, ou avarias, inclusive às relativas a sub-rogações;

b. relativas à apreensão de embarcações;

c. ratificações de protesto formado a bordo;

d. relativas à vistoria de cargas;

e. relativas à cobrança de frete e sobrestadia.

II - cumprir as precatórias pertinentes à matéria de sua competência.

Ainda, por força da Resolução nº 20/2010, de 22 de junho de 2010, baixada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi incluída na competência das Varas Empresariais o processamento e o julgamento das ações diretamente relacionadas às sentenças arbitrais.

Outrossim, em Minas Gerais, a Resolução nº 647/2010, de 5 de agosto de 2010, editada pela Corte Superior do Tribunal de Justiça daquele estado, definiu da seguinte forma a competência das duas Varas Empresariais hoje existentes em Belo Horizonte:

Art. 3º - Compete às Varas Empresariais da Comarca de Belo Horizonte, mediante distribuição, processar e julgar os feitos relativos às seguintes matérias:

I - falência, recuperação judicial, resolução, dissolução e liquidação de sociedades empresariais e seus respectivos incidentes;

II - homologação de plano de recuperação extrajudicial;

III - litígios societários concernentes à constituição, deliberação, transformação, incorporação, fusão e cisão de sociedade empresária;

IV - liquidação extrajudicial ou ordinária de sociedade empresária;

V - registro do comércio e propriedade industrial;

VI - incorporação de créditos ao patrimônio da massa falida;

VII - direito de retirada de que trata o art. 137 da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa autoriza, em seu artigo 211º, a criação de “tribunais com competência específica e tribunais especializados para o julgamento de matérias determinadas”²⁶³.

A Lei n.º 3/99 de 13 de Janeiro²⁶⁴, que trata da “Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais” assim dispõe sobre a competência dos Tribunais do Comércio:

SUBSECÇÃO VI

Tribunais de comércio

Artigo 89.º

Competência

1 - Compete aos tribunais de comércio preparar e julgar:

- a) O processo de insolvência se o devedor for uma sociedade comercial ou a massa insolvente integrar uma empresa;
- b) As acções de declaração de inexistência, nulidade e anulação do contrato de sociedade;
- c) As acções relativas ao exercício de direitos sociais;
- d) As acções de suspensão e de anulação de deliberações sociais;
- e) As acções de liquidação judicial de sociedades;
- f) As acções de declaração em que a causa de pedir verse sobre propriedade industrial, em qualquer das modalidades previstas no Código da Propriedade Industrial;
- g) As acções a que se refere o Código do Registo Comercial;
- h) As acções de nulidade e de anulação previstas no Código da Propriedade Industrial.

2 - Compete ainda aos tribunais de comércio julgar:

- a) Os recursos de decisões que, nos termos previstos no Código da Propriedade Industrial, concedam, recusem ou tenham por efeito a extinção de qualquer dos direitos privativos nele previstos;
- b) As impugnações dos despachos dos conservadores do registo comercial, bem como as impugnações das decisões proferidas pelos conservadores no âmbito dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de sociedades comerciais;
- c) Os recursos das decisões do Conselho da Concorrência referidas no n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, e os recursos das decisões do Conselho da Concorrência e da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, em processo de contra-ordenação, nos termos do artigo 38.º do mesmo diploma.

3 - A competência a que se refere o n.º 1 abrange os respectivos incidentes e apensos.

Já na Itália, por meio do Decreto Legislativo nº 168 de 27 de junho de 2003, foi instituída uma seção especializada em matéria de propriedade industrial e intelectual,

²⁶³ Disponível em <<http://www.parlament.o.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art211>>. Acesso em: 7 setembro 2012.

²⁶⁴ Disponível em <http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/Leg_geral_docs/LEI_003_99.htm>. Acesso em: 7 setembro 2012.

sobre questões de concorrência, bem como sobre conflitos societários em sociedade por ações, em comandita por ações e de responsabilidade limitada, envolvendo acordo de acionistas, ações de responsabilidade contra controladores, dentre outras matérias, conforme se verifica do artigo 3º da norma:

Art. 3 - Competenza per materia delle sezioni specializzate).

1. Le sezioni specializzate sono competenti in materia di:

- a) controversie di cui all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni;
- b) controversie in materia di diritto d'autore;
- c) controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287;
- d) controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea.

2. Le sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V, titolo V, capi V, VI e VII, e titolo VI, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero, ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per Le cause e i procedimenti:

- a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi Nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli articoli 2445, terzo comma, 2482, secondo comma, 2447-quater, secondo comma, 2487-ter, secondo comma, 2503, secondo comma, 2503-bis, primo comma, e 2506-ter del codice civile;
- b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) in materia di patti parasociali, anche diversi da quelli regolati dall'articolo 2341-bis del codice civile;
- d) aventi ad oggetto azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate contro le società che Le controllano;
- e) relativi a rapporti di cui all'articolo 2359, primo comma, numero 3), all'articolo 2497-septies e all'articolo 2545-septies del codice civile;
- f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario.

3. Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2). Decreto legislativo n° 168/2003²⁶⁵.

²⁶⁵ Disponível em: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-07-11&atto.codiceRedazionale=003G0192¤tPage=1>>. Acesso em: 7 setembro 2012.

A análise da experiência doméstica e estrangeira indica que há uma identidade em relação a alguns temas que devem ser afetados a uma jurisdição especializada com temas empresariais, a seguir tratados.

Em primeiro lugar, deve ser competente para julgar as questões relativas à insolvência do empresário, ou seja, aquelas demandas relacionadas à Lei Federal nº 11.101/2005.

Cesare Vivante discorre sobre a justificativa pela qual o procedimento de insolvência coletivo é pertinente ao direito empresarial. Afirma ele que quando o ativo de um patrimônio excede ao passivo, o legislador pode deixar que cada credor exerça independentemente o seu direito de crédito. Contudo, quando o patrimônio não basta para todos, a liberdade de execuções individuais pressuporia um prêmio para os credores mais avisados, mais próximos, menos escrupulosos, e o dano restaria para os mais condescendentes que poderiam exercer seu direito quando o patrimônio já estivesse esgotado.

Desse modo, expõe, há um dever de justiça social que impõe ao legislador uma obrigação de constituir uma massa com a totalidade dos bens do devedor, a fim de que se reparta entre todos os credores na mesma medida e sejam todos solidários nas perdas como já o foram em relação à confiança que depositaram no devedor comum. Por isso, justifica-se um processo único e coletivo de execução. Conclui, afirmando que essa é a maneira do Direito Mercantil estender a proteção ao conjunto dos credores contra os riscos próprios do comércio, impondo os deveres de solidariedade social aquele que, impulsionado pelo egoísmo de sua própria salvação, tentaria despojar os demais²⁶⁶.

Diante das considerações do comercialista italiano, vislumbra-se que a falência é tema correlato ao seio empresarial²⁶⁷, razão pela qual todas as questões relativas a essa espécie de insolvência, devem ser de competência da justiça empresarial.

Este entendimento se consolidou com a edição da Lei de Recuperação de Empresas – nº 11.101/2005.

²⁶⁶ VIVANTE, Cesare. **Tratado de derecho mercantil**, vol.1. Madrid: Editorial Reus, 1932, p. 369-370.

²⁶⁷ Embora Paula Andrea Forgioni destaque a tendência diversa no direito comparado, qual seja, de que se aplique um procedimento único de insolvência independentemente de seu caráter civil ou empresarial. (FORGIONI, Paula Andrea. *Op. cit.*, p. 115).

Se para Vivante e seus contemporâneos, a crise do comerciante tinha enfoque individualista, vale dizer, buscar a proteção coletiva para atender os interesses individuais dos credores, houve uma quebra de paradigma com a ascensão do princípio da preservação da empresa, surgido a partir da conscientização acerca do papel que a empresa desempenha para a sociedade e para a economia.

Francesco Galgano trata do *fallimento* a partir desse novo enfoque e afirma que a crise da empresa, por muitos aspectos, é causa de um alarme social. Em primeiro lugar e, ainda consoante à visão antiga, a primeira consequência é o prejuízo causado aos credores em geral. Em segundo lugar, contudo, merece relevo a ameaça que a crise de solvência empresarial gera para a ocupação, que é tanto mais grave quanto maior for o número de trabalhadores destinados a perder os postos de trabalho, causando severo abalo social. Em terceiro lugar, a crise de uma empresa pode causar um “efeito em cadeia” de desequilíbrio para o mercado, gerando consequência de instabilidade para o setor econômico²⁶⁸.

A Lei de Recuperação de Empresa exige do julgador um conhecimento mais específico acerca de conceitos contábeis, econômicos e administrativos, para que a norma atinja sua verdadeira finalidade (*mens legislatoris*) que é preservar a atividade e também o interesse dos credores e de todos aqueles que dependem da continuidade da empresa (*stakeholders*). Tanto mais eficientes serão as decisões, quanto mais especializados forem os juízes.

A simples análise dos requisitos exigidos pelo artigo 53 da lei em questão demonstra que o julgador deverá possuir conhecimentos mais avançados para analisar, por exemplo, a plausibilidade da demonstração de viabilidade econômica apresentada pelo requerente da recuperação judicial, bem como a solidez do laudo econômico-financeiro e da avaliação dos bens e ativos do devedor, dados, aliás, que deverão ser subscritos por um “profissional legalmente habilitado ou empresa especializada” ou estar assessorado para isso.

Em adendo, a própria lei, em seu artigo 75, determina que o processo de falência atenda aos princípios da celeridade e da economia processual, o que se coaduna com os as diretrizes que devem fundar a jurisdição empresarial.

²⁶⁸ GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale – l'imprenditore**. 3ª edição. Bologna: N Zanichelli Editore, 1989, p. 171.

Portanto, e para todos os efeitos, a competência da jurisdição especializada sobre as questões relativas à Lei de Recuperação de Empresas se dá em razão da matéria, ou seja, tudo que for relacionada a ela, independentemente da qualidade das partes envolvidas em qualquer dos procedimentos decorrentes.

Ademais, há que se destacar que a lei não exige a qualidade de empresário para o credor no pedido de falência, considerando que qualquer pessoa, pratique ou não atividade empresarial, poderá ser autor do pedido.

Sobre o tema, Fábio Ulhôa Coelho comenta o artigo 97 da Lei de Recuperação de Empresas, discorrendo sobre os legitimados para o pedido de falência, sendo que apenas o credor empresário ou a sociedade empresária – que devem comprovar o registro na Junta Comercial – e o credor estrangeiro – que deve prestar caução – estão sujeitos a exigências para figurarem como autores, sendo que o credor que não for empresário e que estiver domiciliado no Brasil estará isento de qualquer requisito.

Contudo, nenhuma novidade é o fato de que para formular o pedido de recuperação judicial ou autotalência, deverá ser o requerente empresário regularmente inscrito perante o registro público de empresas mercantis.

No que tange à insolvência das pessoas elencadas no artigo 2º daquela lei, especialmente à empresa pública e sociedade de economia – sua extinção e respectiva liquidação dar-se-á por lei, da mesma forma como foram criadas. Quanto às instituições financeiras, pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, sua liquidação será extrajudicial, nos moldes do artigo 6.024/74, de modo que também não serão de competência da jurisdição empresarial. Eventuais demandas que surgirem a respeito dos procedimentos de liquidação e extinção deverão ser julgadas pela Justiça Federal ou Estadual residual, tendo em vista que envolvem, em alguns dos polos, uma pessoa jurídica de direito público (União, Estado ou Município), de modo que a competência será atraída por aqueles órgãos em razão da qualidade pessoal de tais entes.

Por fim, quanto ao princípio da indivisibilidade ou universalidade do juízo da falência, previsto no artigo 76 da Lei de Recuperação de Empresas, em nada

prejudica o aqui proposto, pois faz atrelar à competência da jurisdição especializada, em razão de serem demandas correlatas à matéria, com exceção das “causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. De acordo com Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelo M. Bertoldi, “o juízo universal da falência pressupõe a unidade, conforme declinado, com a finalidade de otimização do processo e do tratamento isonômico aos credores que venham a ostentar uma mesma condição jurídica em face dos bens que compõem a massa”²⁶⁹.

Em segundo lugar, caberá à jurisdição empresarial julgar as ações que envolvam todos os temas pertinentes a conflitos societários. Para fins de técnica legislativa, entende-se ser possível fazer referência ao gênero, enumerando, de forma exemplificativa, algumas espécies dessas lides, deixando que a jurisprudência defina exatamente os contornos da questão com o amadurecimento provocado pela experiência.

Desse modo, pela compilação dos critérios adotados e mencionados acima, entende-se que uma possível exemplificação seria a seguinte: litígios societários concernentes à constituição, deliberação, transformação, incorporação, fusão, cisão e dissolução de sociedade empresária e também de sociedade em conta de participação²⁷⁰; litígios que digam respeito a conflitos entre titulares de valores mobiliários e a companhia que os emitiu, ou conflitos sobre responsabilidade pessoal de acionista controlador ou dos administradores de sociedade comercial, ou ainda conflitos entre diretores, membros de conselhos ou de órgãos da administração e a sociedade.

Necessário destacar que o critério pessoal não é suficiente para abarcar este tópico, uma vez que o autor da demanda nem sempre será empresário, podendo ser legitimado um sócio, pessoa física, que não ostenta a qualidade sugerida para fixar a

²⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 557.

²⁷⁰ Não adentrando no mérito acerca da natureza jurídica da sociedade em conta de participação, se efetivamente uma sociedade ou um contrato de participação, o fato é que a sua dissolução se faz por meio de prestação de contas, a qual, por ser tema afeto ao direito empresarial, ser processada perante a jurisdição empresarial. Sobre a natureza do procedimento: “: “a maioria dos autores entende que sua liquidação resume-se a uma simples prestação de contas, amigável ou judicial. Nesse sentido, o art. 2.552, 3ª alínea, do Código Civil Italiano de 1942 e, imitando-o, o art. 996 do novo Código Civil.” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 152).

competência em razão da pessoa, nunca sendo demais lembrar que o sócio não se confunde com o conceito de empresário²⁷¹.

Em terceiro lugar, deverá julgar as demandas relacionadas à propriedade intelectual. Conforme Paula Andrea Forgioni, que adota a definição de Newton Silveira, essa espécie de propriedade abrangeria direito de autor, cultivares e criações industriais, assim como sinais distintivos, logo, inclui, além dos direitos relativos à propriedade industrial – Lei Federal nº 9279/96 – também aqueles relacionadas à Lei de Cultivares – Lei Federal nº 9.456/97 – direitos relacionados à Lei do Software – Lei Federal nº 9.609/98 – relacionados ao direito do autor – Lei Federal nº 9.610/98 – direito relacionados à Lei de Topografia de Circuitos Integrados – Lei Federal nº 11.482/2007²⁷².

A autora destaca que a propriedade intelectual sempre teve um papel de destaque para o direito mercantil, contudo, ganhou especial importância na última década, com a configuração de um *direito da informação*²⁷³.

A propriedade intelectual está diretamente relacionada à ideia de inovação e, como aponta Paula Andrea Forgioni, a sua proteção é uma espécie de “recompensa” concorrencial e incentivo para aquele agente econômico que desenvolveu produtos e tecnologias. A concepção tradicional da propriedade intelectual é justamente permitir que o agente vislumbre a auferição de lucros por conta do investimento, sob pena de não o realizar²⁷⁴.

Com base na metodologia de interpretação *Law & Economics*, Renato Caovilla e Luciano Benetti Timm indicam que garantir direitos exclusivos de propriedade ao criador da ideia é garantir a ele a possibilidade de reaver o investimento feito no desenvolvimento do projeto, gerando também valor social para a coletividade. Apontam que, embora haja entendimentos em sentido contrário acerca da exclusividade ou da possibilidade de sua relativização, por exemplo, o movimento crescente sobre a função social da propriedade intelectual derivada da constitucionalização do direito

²⁷¹ Em analogia ao tema, tratando da proibição para ser empresário em comparação com a função de sócio: “deve-se traçar a diferença entre exercer a empresa e ser titular de quotas ou ações. A proibição adstringe-se ao exercício de atos empresariais, como de administrador, de gerente, ou de conselheiro, ou de qualquer outro cargo que importe em atuação direta. Muda o enfoque se o incapaz recebe ações ou quotas, seja a que título for.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 64.)

²⁷² FORGIONI, Paula Andrea. *Op. cit.* p. 167.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 168.

²⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 169.

civil, por várias razões econômicas, a exclusividade ainda é o modo mais eficiente para se gerar ganho social²⁷⁵. Em seu estudo, relatam que o Brasil é um país tardio em evolução e que “as políticas governamentais brasileiras têm o seu foco voltado muito mais para a pesquisa acadêmica, descompromissada com os resultados práticos, do que para o desenvolvimento de inovações nas empresas”²⁷⁶. Por fim, arrematam citando dados levantados por estudo, o qual indicou que “em relação às empresas que somente adotam a estratégia de depositar apenas a marca, isto é, que atuam sobre a percepção do consumidor, o aumento da produtividade é de 6,3%, para a indústria, e de 11,3%, no setor de serviços, comparativamente às empresas que não adotam quaisquer estratégias sobre os bens intangíveis”²⁷⁷.

Com efeito, não há como negar que a inovação e a atividade empresarial estão intimamente ligadas, de modo que, em razão dessa interação – em outra palavra, inerência – é que os conflitos oriundos da propriedade intelectual devem ser conhecidos e dirimidos pela jurisdição empresarial, independentemente da qualidade dos sujeitos litigantes. Aliás, nos conflitos marcários, o critério pessoal, nas mais das vezes, seria suficiente, considerando que é exigência do artigo 128 da Lei Federal nº 9279/96, que o requerente de registro de marca só tem legitimidade para postular sua titularidade quando exercer atividade relacionada a ela, de modo direto “ou através de empresas que controlem direta ou indiretamente”. Contudo, a patente de invenção, o desenho industrial e o modelo de utilidade, em tese, podem ser pleiteados por quem não seja empresário. Entretanto, considerando que se tratam de inovações e que fatalmente serão desenvolvidas e aplicadas no exercício organizado da atividade econômica, por coerência, é necessário que os conflitos gerados por essa inovação sejam solucionados por juízes especializados.

Já no que toca aos direitos de autor, regulados pela Lei Federal nº 9.610/98, aparentemente, uma contradição se instalaria, caso se defendesse, sem ponderação, que a competência material para as lides que tivessem causa de pedir fundada no direito autoral seria da justiça empresarial. Isso porque, como visto acima, o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil exclui da qualidade de empresário aquele que desenvolve

²⁷⁵ CAOVILO, Renato; TIMM, Luciano Benetti. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil, in **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, nº 1, jan-jul de 2010. Brasília: Univera, p. 60.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 71.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 74.

atividade intelectual. Não obstante, quando se comentou o critério legal para a definição de empresário, não parece ter ficado despercebido a crise pela qual passa o direito positivo brasileiro em face do conceito legal. Invoca-se aqui, novamente, as mais recentes posições no sentido de que empresário é aquele que produz para o mercado, conforme apontado por Rachel Sztajn, ao rever a doutrina italiana, conceito que incluiria o intelectual e o artista, bem como a própria orientação do legislador, quando se tratou do parágrafo 5º do artigo 980-A, do Código Civil, que versa sobre a EIRELI.

Quanto às lides concorrenciais, que tratem de infrações à ordem econômica previstas nos artigos 36, da Lei Federal n. 12529/2011, por invariavelmente envolverem exclusivamente empresários, caberá à justiça empresarial o julgamento, seja porque a matéria é afeta, seja em razão da qualidade dos litigantes.

Quando o objetivo for a reparação de danos envolvendo interesses coletivos ou individuais homogêneos, por aqueles legitimados no artigo 82 da Lei Federal n. 8078/90²⁷⁸, em razão do disposto no artigo n. 47 da Lei federal n. 12529/2011²⁷⁹, a competência será da justiça estadual residual ou federal, dependendo de quem compuser o polo ativo da demanda.

A discussão acerca das deliberações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica deve se dar no âmbito da Justiça Federal em razão do critério pessoal que fixa a competência absoluta daquela jurisdição.

Após essa exposição, em síntese, poder-se-ia afirmar que a competência material da justiça empresarial deve se firmar, independentemente das partes envolvidas, quando a causa de pedir das demandas envolverem os pedidos de recuperação judicial e falência, bem como aquelas atraídas em razão da universalidade

²⁷⁸ BRASIL. Lei Federal nº 8078 de 11 de setembro de 1990.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

²⁷⁹ BRASIL. Lei Federal nº 12.529 de 30 de novembro de 2011.

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

do juízo falimentar; todos os conflitos que envolverem sociedades empresárias; as lides que versarem sobre propriedade intelectual, nos moldes da definição acima.

4 UMA PROPOSTA DE ADAPTAÇÃO DO PROCESSO CIVIL À REALIDADE EMPRESARIAL

4.1 INTRODUÇÃO

A propositura de especialização de um ramo jurisdicional a fim de que conheça e julgue os litígios empresariais é uma solução parcial para a busca da efetividade, celeridade e razoável duração do processo previstas como garantias pela Constituição Federal. Há necessidade de que a norma processual seja adequada à realidade dos conflitos empresariais. São duas variáveis que exigem uma reforma conjunta e uma análise estratégica e estrutural, sob pena de não ser atingida a eficiência que a solução dos conflitos empresariais exige²⁸⁰.

A reforma do processo civil brasileiro, aliás, é tema em voga na atualidade, ao ponto de estar em fase de conclusão o anteprojeto que substituirá o código vigente, datado de 1973.

Contudo, outros momentos de reforma já ocorreram. A primeira onda reformista ocorreu na década de 1990 e resultou em um conjunto de onze leis, cujos projetos foram elaborados pela Escola Nacional de Magistratura, por intermédio de comissão presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, tendo sido alterados mais de duas centenas de artigos do CPC. Dentre as modificações, as mais relevantes disseram respeito à simplificação das comunicações processuais, a instituição da

²⁸⁰ Humberto Theodoro Júnior já expôs sua concepção sobre o entrelaçamento na análise da questão entre processo e estrutura jurisdicional: “a legislação processual é sem dúvida um sistema de técnica de realizar a composição dos litígios, mas não é um sistema completo e exaustivo, pois pressupõe organismos oficiais por meio dos quais irá atuar. Os métodos e recursos de trabalho desses organismos são vitais para que o propósito sistemático da lei processual seja corretamente alcançado. Para manter uma sincronia entre a norma legal e a sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, cientificamente, as causas que, *in concreto*, frustram o desiderato normativo. E isto, obviamente, será intangível, pelo menos com seriedade e segurança, se a organização dos serviços judiciários não contar com órgãos especiais de estatística e planejamento. As leis têm de traçar procedimentos simples, claros e ágeis. Mas, para fazê-los operar não pode a Justiça depender apenas do gênio individual de cada juiz ou auxiliar. É necessário que a organização dos serviços da Justiça se faça segundo os preceitos técnicos da ciência da administração e com o emprego dos meios e recursos tecnológicos disponíveis”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 125, p. 61-78, julho de 2005, p. 73).

antecipação dos efeitos da tutela processual, a introdução da audiência preliminar com objetivo de se tentar a conciliação e de sanear o processo, a ação de cumprimento de obrigação específica e o recurso de agravo de instrumento a ser interposto diretamente no Tribunal²⁸¹.

Depois, após passar por amplo debate, a Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu reforma estruturante do Poder Judiciário com modificação de competências dos Tribunais Superiores e Estaduais, ela tratou da disciplina da magistratura com a atribuição de poder de autocontrole aos tribunais e a criação do Conselho Nacional de Justiça, permitiu a edição de súmulas vinculantes, extinguiu as férias coletivas, tratou da distribuição imediata dos processos e inseriu como garantia constitucional a razoável duração do processo e o acesso aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

O “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”²⁸², firmado em 2004 pelos representantes dos Três Poderes, gerou profundas mudanças nos aspectos recursais, com a implementação da repercussão geral, recursos repetitivos, simplificação do sistema recursal ordinário e, principalmente, no âmbito executivo em que foi implementado o sincretismo processual entre o processo de conhecimento e de execução. Ainda, os meios de expropriação foram completamente remodelados, tudo com o objetivo de acelerar a efetivação do crédito inadimplido.

Seguiu-se ao primeiro, o “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo”, firmado em 2009 pelo consenso entre os líderes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo três objetivos: conceder acesso universal à Justiça, com especial atenção aos necessitados; aprimorar a atividade jurisdicional, com foco na efetividade e prevenção de litígios; por fim, o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para fins criminais, de proteção e promoção da dignidade humana²⁸³.

A proposta para se firmar um III Pacto Republicado foi apresentada pelo Ministro Cezar Peluso em 2011, sugerindo o aperfeiçoamento das alterações originadas

²⁸¹ BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 101, p. 161-168, janeiro-março de 2001, p. 164

²⁸² Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em: 9 novembro 2012.

²⁸³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/iIpacto.htm>. Acesso em: 9 novembro 2012.

pelos pactos pretéritos, especialmente, no âmbito do processo civil, com a limitação recursal, em busca da celeridade do processo.

Embora sejam inegáveis os avanços provocados pelas reformas promovidas – o que se comprova por estatísticas, por exemplo, em relação à diminuição do número de recursos conhecidos, à solução de conflitos com maior rapidez, ao aumento de transações judiciais realizadas, dentre outros resultados – acredita-se que a reforma realizada sobre o processo civil como um todo poderia ter sido mais efetiva, caso houvesse uma dedicação especial para as lides com conteúdo econômico-empresarial específico.

O Visconde de Cairu já destacava que as causas mercantis “exigem a mais pura boa fé, equidade, e prontidão nos despachos, não se embaraçando os Comerciantes, e menos os Navegantes, com litígios, discussões, e formalidades longas, e tediosas, que se vêem nos Auditorios das Justiças Ordinárias”²⁸⁴.

A “Justiça Ordinária” vigente na época de Visconde de Cairu adotava determinadas formas processuais que não eram as mesmas aplicadas pelos Consulados e Tribunais do Comércio das “nações iluminadas”.

É a volta a essa diferenciação que se exige, pois não basta a especialização do Magistrado, há a necessidade de que o direito processual positivo posto para aplicação seja também adequado à realidade dos conflitos.

Como dito, embora as reformas no processo executivo e a informatização tenham produzido resultados significativos para a realização de direitos, inclusive no âmbito empresarial – com a implantação e regulamentação da penhora de disponibilidade financeiras previstas no artigo 655-A do Código de Processo Civil – nem todas foram efetivas. Por exemplo, das trinta e duas súmulas vinculantes editadas até dezembro de 2012, apenas duas referem-se a temas afetos a questões empresariais: a limitação de juros e a consequência do inadimplemento do contrato de depósito.

Ademais, as reformas com objetivo de reduzir o número de recursos nos Tribunais Superiores, embora sejam aquelas sobre as quais há o maior destaque, não trouxeram grande efetividade para os litígios empresariais – na acepção dada no capítulo anterior – senão na questão da diminuição do prazo de trâmite processual.

²⁸⁴ LISBOA, José da Silva. *Op. cit.* p. 785.

Os recursos repetitivos e a repercussão geral quedam-se sobre questões de massa, ou seja, fixam entendimento, na maior parte dos casos, para demandas consumeristas ou tributárias, que não deixam de ser afetas à atividade de empresa, mas não se referem aos conflitos, por assim dizer, puramente empresariais.

A partir destas breves constatações, é possível afirmar que além das reformas que estão em curso, deve haver modificações estruturais no processo civil, a fim de adequar-se às vicissitudes e peculiaridades da questão empresarial.

Alguns institutos merecem alterações pontuais, entretanto, outros, exigem uma remodelação completa, ao ponto de tornarem-se novos, originais.

Diante disso, aborda-se nos próximos tópicos, a título exemplificativo, o papel da conciliação nos conflitos empresariais; a publicidade processual; o julgamento por equidade; o papel das custas processuais; a adaptação recursal; a simplificação e unificação dos atos processuais.

4.2 A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO OBRIGATÓRIO DO PROCESSO EMPRESARIAL

Na estrutura política e social vigente, a tutela e adjudicação dos conflitos de interesses incumbe ao ente estatal. Contudo, ao lado de tal concepção foram sendo desenvolvidas outras formas de dirimir as lides, que são conhecidas como meios alternativos de solução de conflitos, a saber: arbitragem, conciliação e mediação.

Para o presente trabalho, adotar-se-á a exposição de Francisco José Cahali sobre as diferenças estruturais dos institutos. De acordo com o autor, a arbitragem – somando-se ao que já foi abordado no capítulo anterior – é um instrumento de heterocomposição, em que um terceiro individual ou colegiado terá a atribuição de decidir a lide submetida a julgamento pela vontade das partes. À decisão proferida se submeterão as partes, tal qual uma sentença judicial²⁸⁵.

²⁸⁵ A arbitragem prévia já foi obrigatória na experiência comercial brasileira. Os artigos 245 (“todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral”) e 294 (“todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”) do Código Comercial de 1850, revogados, dentre outros, instituíram tal modalidade como obrigatória, quando a lide

A mediação, por sua vez, pressupõe que as partes em conflito tenham uma relação intensa e prolongada, e tem cabimento e pertinência quando as partes possam, provavelmente, estabelecer uma nova relação com direitos e obrigações, permitindo uma futura e duradoura interação. Da mesma forma que a conciliação, na mediação a solução do conflito é buscada pelos envolvidos de forma consensual, sendo que o terceiro atuará na questão como intermediário ou facilitador. Contudo, diferindo da conciliação, na mediação haverá uma profunda investigação sobre o conflito por parte do mediador, de forma que “o foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito.” Pontua o autor que a conciliação tem íntima relação com o Poder Judiciário, sendo comum sua incidência no processo por iniciativa do próprio Magistrado²⁸⁶.

Posto isso, doravante, tratar-se-á da conciliação e do seu papel nos conflitos empresariais, não sem antes classificar cientificamente este instituto dentro do sistema processual.

Giuseppe Chiovenda afirma que grande parte dos atos de jurisdição voluntária é confiada aos juízes, embora esses atos possam ser considerados de *simples administração*, porque exigem especial disposição e especiais garantias de autoridade nos órgãos que os pratiquem, razão pela qual é normal que o Estado se valha da hierarquia judiciária comum²⁸⁷.

O autor define a jurisdição voluntária como “uma forma especial de atividade do estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e *pertencente à função administrativa*, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares”²⁸⁸.

Essas características são: não produção de coisa julgada sobre os provimentos e a impossibilidade de se manejar recurso contra a decisão, na experiência italiana²⁸⁹.

envolvesse locação mercantil ou liquidação de sociedade comercial, sendo que a sua regulamentação estava prevista no artigo 411 e seguintes do Decreto nº 737 de 1850. Contudo, a obrigatoriedade da arbitragem foi revogada pela Lei nº 1.350 de 1866, tendo o juízo arbitral facultativo sido regulamentado pelo Decreto nº 3900 de 1867.

²⁸⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 38-40.

²⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 23.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 23-24.

²⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 24-26.

Classificando os atos em sede de jurisdição voluntária, o autor dá especial destaque para a conciliação, como ato a ser praticado em sede de jurisdição voluntária, isso porque “considerando a importância da função de dirimir as lides, o Estado chamou-a a si; porque tanto maior é a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade que a tenta”²⁹⁰.

O autor relata que na experiência italiana esse ato será praticado pelo conciliador, sendo que “não há confundir essa função preventiva de conciliação com a que se insere no exercício da jurisdição; o conciliador, ou mesmo, por vezes, outro magistrado a quem está afeta uma lide, tem o dever de ofício de tentar a conciliação”²⁹¹.

É uma realidade que difere diametralmente do sistema processual civil brasileiro, em que não há a figura do *conciliador* designado especialmente para esse fim, embora aqui, como na Itália, seja atribuição do Juiz proceder a conciliação entre as partes, conforme se verifica em diversas passagens no Código de Processo Civil, por exemplo, artigo 125, inciso IV, artigo 331 e artigo 447.

Destaca o autor a importância e o efeito da conciliação para fins prescricionais no direito italiano, isso porque a convocação ou a apresentação voluntária para a conciliação provocam a interrupção da prescrição²⁹².

Dando testemunho sobre o papel da conciliação como fruto da jurisdição voluntária no direito italiano, explana Piero Calamandrei:

Mas no ordenamento italiano, a conciliação, quer ser, pelo contrário, um complemento útil da legalidade, enquanto a obra do autorizado intermediário deve servir para eliminar entre as partes aqueles mal-entendidos e aqueles raciocínios que são, com frequência, a única causa do litígio. E para estimular entre as partes o sentimento da solidariedade humana, para induzi-las a encontrar por si mesmas uma justa solução do conflito antes de recorrer à obra do juiz, que deve se reservar só para os casos nos quais exista verdadeiramente entre as partes um desacordo impossível de resolver, com a recíproca compreensão e boa vontade²⁹³.

A atividade de conciliação não é contemplada como um ato de jurisdição no direito brasileiro. Athos Gusmão Carneiro²⁹⁴, ao classificar as atividades atinentes a tal modalidade de atuação, da mesma forma que Giuseppe Chiovenda, reconhece as

²⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 32.

²⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 32.

²⁹² *Idem, ibidem*, p. 33.

²⁹³ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.* p. 162.

²⁹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.* p. 41-42.

seguintes: intervenção estatal na formação de sujeitos jurídicos; intervenção na integração da capacidade jurídica; intervenção no estado das pessoas; intervenção do Judiciário em negócios judiciais, mas, por fim, ao contrário do processualista italiano, não menciona a conciliação como ato de jurisdição voluntária, talvez em razão de que o livro específico do Código de Processo Civil não contempla tal modalidade.

Contudo, a experiência brasileira já atribuiu especial destaque para a conciliação, inclusive tornando-a obrigatória para as lides comerciais, como se vê da previsão contida no histórico Decreto 737 de 1850:

Art. 23. Nenhuma causa commercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceptuam-se:

§ 1º As causas procedentes de papeis de credito commerciaes, que se acharem endossados (art. 23 do Titulo único Código).

§ 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscaes dos fallidos durante o processo da declaração da quebra (art. 838 Código), os administradores dos negociantes fallidos (art. 856 Código), ou fallecidos (arts. 309 e 310 Código), os procuradores publicos, tutores, curadores e testamenteiros.

§ 3º Os actos de declaração da quebra (cit. art. 23).

§ 4º As causas arbitraes, as de simples officio do Juiz, as execuções, comprehendidas as preferencias e embargos de terceiro; e em geral só é necessaria a conciliação para a acção principal, e não para as preparatorias ou incidentes (Tit, 7º Código).

Art. 24. Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz, onde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a freguezia do seu domicilio.

Atualmente, tramita o projeto de lei n. 4827/1998, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra, apresentado em 10 de novembro de 1998, que “institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos.”²⁹⁵ O artigo 1º do projeto define o que é a mediação e qual o seu objeto:

Art. 1º Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

²⁹⁵ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Acesso em: 13 setembro 2012

Enviado ao Senado, foi recebido como projeto de lei da câmara e numerado como 94/2002, sendo dividida a mediação em prévia ou incidental, sendo que ao menos alguma das modalidades deverá ser adotada obrigatoriamente como requisito de validade para o processo de conhecimento, tema decorrente de sugestões formuladas pela Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça e do Conselho de Administração do Rio Grande do Sul. Atualmente, o projeto continua em tramitação perante a Câmara dos Deputados, depois de ter sido apresentado parecer acerca dos substitutivos feitos pelo Senado Federal acerca do projeto original.

Vê-se a tendência legislativa pátria em se adotar meios de resolução alternativa de conflitos – v. g. a mediação – como um requisito obrigatório para se dirimir as lides levadas à jurisdição.

Os meios alternativos de resolução de conflitos e, em especial, a conciliação, apresentam-se eficazes para a redução da atividade jurisdicional, em relação aos conflitos empresariais, sobretudo porque estes – com exceção das situações que decorrerem de atos ilícitos oriundos geradores de responsabilidade civil extracontratual – são frutos de relações contratuais, ou seja, em que já houve um preliminar acordo de vontade entre os sujeitos em sua gênese, adotando-se o conceito econômico de empresa visto no segundo capítulo, como sendo a empresa um feixe de contratos.

Conforme Frank E. A. Sander, com a crescente complexidade da sociedade moderna, muitas novas potenciais fontes de controvérsia têm emergido como resultado de um imenso crescimento de intervenção em todos os níveis e, conseqüentemente, houve um aumento de expectativas para a solução das demandas. As Cortes, contudo, não estão preparadas para a solução, não só pelo volume, mas também em razão da natureza dos conflitos. Alternativas como a mediação, arbitragem e conciliação são bem vindas, porque apresentam características que o julgamento jurisdicional (*adjudication*) não conta, como a intervenção de um terceiro que não tem poder coercitivo e assim busca o melhor caminho para as partes, bem como a superação da decisão *win or lose*, peculiar ao sistema judicial. Desse modo, entende que essas estruturas de solução de conflitos devem caminhar juntas e serem aplicadas utilizando critérios. Como tais elenca a natureza da disputa; a relação entre os contendores; valor em disputa; e o custo

da demanda²⁹⁶. Em especial, o segundo critério leva em consideração aspectos dos contratos empresariais. Afirma que uma abordagem específica deve ser feita quando a disputa é travada entre indivíduos que mantêm uma relação duradoura (*long-term relationship*) e a lide surge em relação a uma disputa isolada. Em primeiro lugar, nestas situações, o ideal é que as partes desenvolvam sua própria solução, a qual, por emanar dos envolvidos, será naturalmente mais legítima. Não sendo possível, o mais indicado é a utilização de um conciliador que sugerirá uma solução a fim de manter a relação íntegra e duradoura, tratando o conflito como isolado.

Como exemplo da potencial eficiência de estratégias de conciliação, despontam os contratos de colaboração empresariais²⁹⁷, uma vez existindo a lacuna e não tendo sido dirimida voluntariamente pelas partes, a única solução para o impasse será submeter a questão à decisão de um terceiro. Nas hipóteses em que os contratantes previram de antemão a intervenção do árbitro, é assim que será solucionada. Contudo, não havendo outra alternativa não haverá senão a atuação jurisdicional.

É para situações como essa que se entende a necessidade de adaptação do sistema processual, a fim de que, embora tornada jurisdicional a questão, seja buscada sempre a preservação do negócio, ao invés da decretação de sua resolução. Para isso, a conciliação deve ser posta em destaque no procedimento, seja como requisito prévio ou incidental, mas a busca da aproximação das partes por parte de um Magistrado ou outro

²⁹⁶ SANDER, Frank E. A. **Varieties of dispute processing**, in Levin and Wheeler (eds), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (1979). Disponível em: <<http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wp-content/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf>>. Acesso em: 16 novembro 2012.

²⁹⁷ Nessa linha de desenvolvimento, Paula Andrea Forgioni afirma que os contratos tornam concreta a atividade da empresa no mercado e admitem uma classificação em duas categorias, tal como já havia sido feito por Jhering, sendo os de intercâmbio e os de sociedades comerciais. Quanto à primeira espécie, também conhecidos como contratos spot, apresentam como principal característica o fato de que a vantagem econômica de uma parte aumento na mesma medida em que diminui o proveito da outra. Na outra ponta dessa linha imaginária, em que a colaboração passa a ter relevância para o desenvolvimento da relação contratual, estão os contratos societários, nos quais a reunião de esforços e assunção de riscos suportados por todos os sócios são suas marcas definidoras. A partir destas constatações, propõe-se a autora a estudar aquela espécie que está no entremeio deles, nomeando-os como híbrido. Afirma que na segunda metade do século XX, houve alteração na forma de se manter relações jurídicas negociais, surgindo a colaboração entre as empresas: “a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns”. Segundo Paula Andrea Forgioni, os contratos de colaboração são fruto da necessidade de evitar a inconveniente celebração de extensa série de contratos de intercâmbio, aliado à fuga da rigidez peculiar aos esquemas societários. (FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-158)

sujeito com capacidades especiais para tanto é fundamental para a manutenção do contrato de colaboração ou relacional, pois essa solução é a mais eficiente em comparação com a extinção do vínculo por reconhecimento de sua resolução, o que gerará um deslinde processual que nem sempre atenderá aos anseios dos contratantes.

Para efeitos de contratos de colaboração, é possível se afirmar que a melhor solução no impasse relacional deve ser buscar a continuidade do vínculo – quando não houver inadimplemento absoluto, mas apenas relativo, diante de dúvida por não previsão contratual.

Lembre-se que existe a possibilidade da resolução judicial do contrato por sentença constitutiva negativa, gerando uma obrigação de indenizar em prol da parte inocente quanto às perdas e danos, conforme previsão do artigo 389 do Código Civil, o fato é que há indubitavelmente uma incapacidade dos meios processuais hoje postos para se projetar com exatidão os efeitos futuros do negócio (lucros cessantes).

É em razão disso que a conciliação deve ser tomada no processo empresarial como uma atividade obrigatória, mas não de forma passiva, formal e burocrática, mas sim ativa e sugestiva, trazendo novas cores para uma questão sobre a qual as partes, geralmente, estão com sua visão ofuscada. Deve o Magistrado, no mais estrito espírito de mediação, estudar o conflito e apresentar às partes alternativas para a composição amigável da lide mediante soluções e sugestões concretas e que, se possível, sejam preventivas para conflitos futuros.

Nesse sentido, são válidas as palavras de Fernando de Araújo quando aborda o papel dos Tribunais na interpretação dos contratos, o qual não sugere tal função à jurisdição, mas uma forma de agir para dirimir o conflito, o que aqui se sugere seja feito como antecedente do julgamento:

Será antes de se esperar que os Tribunais se insinuem imperceptivelmente nestas questões, no momento em que, por exemplo, procurando dirimir um litígio sobre alteração das circunstâncias e sobre grave perturbação da onerosidade do contrato, o julgador procure as soluções que as partes não procuraram e se interrogue sobre as razões para essa 'incúria' e sobre a desculpabilidade da mesma, atendendo a factores da previsibilidade ou imprevisibilidade das circunstâncias geradoras do litígio, a sua configuração como risco, etc²⁹⁸.

²⁹⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 180.

Desse modo, tornar a conciliação como um pressuposto obrigatório para se acessar a jurisdição empresarial parece ser uma forma especialmente relevante para questões que exigem, por sua natureza, que a conciliação como principal solução. Contudo, a atuação concreta do julgador deve ser ativa e prospectiva, propondo caminhos reais para que os litigantes possam adotar, expondo as consequências nefastas que o julgamento pode causar para os rumos da relação.

Por fim, não deve ser rejeitada proposta para adoção de um incentivo econômico negativo para incrementar a conciliação, conhecido como “sistema de pagar o julgamento”, utilizado na Inglaterra, Austrália e Canadá e que consiste em onerar com as custas processuais apenas o autor, caso não tenha aceitado a proposta de conciliação sugerida pela outra parte em juízo, quando, após o julgamento, ter se mostrado razoável a proposição. Nesse caso, o autor deverá arcar com as custas processuais de ambas as partes²⁹⁹. Nos Estados Unidos, esta previsão foi consolidada como a regra 68 da *Federal Rules of Civil Procedure*³⁰⁰.

²⁹⁹ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.* p. 88-89.

³⁰⁰ RULE 68. OFFER OF JUDGMENT

(a) Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer. At least 14 days before the date set for trial, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 14 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.

(b) Unaccepted Offer. An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs.

(c) Offer After Liability is Determined. When one party's liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time—but at least 14 days—before the date set for a hearing to determine the extent of liability.

(d) Paying Costs After an Unaccepted Offer. If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made. (Disponível em: < http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_68>. Acesso em: 17 novembro 2012.)

4.3 O PAPEL DA PUBLICIDADE NO PROCESSO EMPRESARIAL: SIGILO PARA AS QUESTÕES DE EMPRESA E AMPLA ACESSIBILIDADE PARA EFEITOS DE REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Como foi visto no capítulo anterior, dentre as várias qualidades da arbitragem que são destacadas pela doutrina, o sigilo dos trâmites e das decisões é uma delas.

Nos conflitos empresariais, principalmente, a garantia do sigilo das decisões permite que sejam discutidas as mais variadas matérias, mantendo a discricção sobre os acontecimentos e motivos da lide, evitando, assim, influências mercadológicas negativas ou mesmo a revelação de segredos de indústria.

Contudo, entende-se neste ponto que a instituição da restrição à publicidade dos atos processuais nas demandas que versam sobre lides empresariais pode ser adotada, senão como regra, ao menos com maior frequência do que a forma atualmente vigente.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LX, prevê que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Outrossim, o artigo 93, inciso IX, trata da publicidade dos atos processuais da seguinte forma: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

O Código de Processo Civil, por sua vez, embora vigente anteriormente à Constituição Federal, foi recepcionado e traz a questão da publicidade dos atos processuais em seu artigo 155, em consonância com os preceitos constitucionais, prevendo as exceções – em que se autoriza a decretação do segredo de justiça – em seus incisos, a saber: quando o exigir o interesse público ou quando disser respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão em divórcio, alimentos e guarda de menores.

De acordo com Antônio Dall’Agnol, existem duas finalidades para o princípio da publicidade dos atos processuais: em primeiro lugar, como controle, que é exercido pela coletividade sobre a regularidade e objetividade na administração da justiça; em segundo lugar, de admoestação dirigida para a própria coletividade, a fim de que respeite a lei. Conforme expõe, a publicidade gera garantia para a comunidade, que poderá fiscalizar a administração da justiça, e ao magistrado, que ficará isento de suspeitas em seus julgamentos, quando feitos em e para o público³⁰¹.

Roberto José Ferreira de Almada afirma que a garantia da publicidade processual significa a clara incorporação pelo processo dos ideais da democracia. Compilando a doutrina, o autor identifica duas categorias de publicidade processual: a interna e a externa. Quanto à primeira modalidade, trata-se da possibilidade de tornar possível às partes o exercício do contraditório, pois sem o efetivo conhecimento dos acontecimentos processuais potencialmente capazes de afetar seus interesses, as partes estariam privadas de reação apta a preservar seus interesses. Já no que tange à publicidade externa, pontua se tratar de interesse que se apresenta além da esfera dos litigantes, com o objetivo de tornar o processo um instrumento imbuído de legitimidade democrática, associado à obtenção de consenso popular.

O sigilo processual só estaria autorizado, em sua opinião, quando sua efetivação não cause dano maior do que a sua inobservância, em situações que possam comprometer a dignidade da pessoa humana e quando ocorra a necessidade de proteção do interesse público³⁰².

Pontes de Miranda, em comentário ao artigo 155 do CPC, acima citado, destaca que “hoje em dia, os respeitáveis interesses do Estado em que se ignore a posição de certos serviços estratégicos, bem como os dos particulares a respeito de invenções ou simples trabalhos em execução, são tão dignos de proteção quanto o decoro e a moralidade pública”³⁰³.

O fato é que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o rol previsto no artigo 155 do Código de Processo Civil não é exaustivo, portanto, é possível que seja

³⁰¹ DALL’AGNOL, Antônio. **Comentários ao código de processo civil**, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229.

³⁰² ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 102-131.

³⁰³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, tomo III, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 52.

decretado o segredo de justiça em determinadas situações em que se exige o sigilo, como, por exemplo, quando a discussão envolve “informações comerciais de caráter confidencial e estratégico”³⁰⁴, sendo que a publicidade nestes casos pode gerar grave dano às partes caso sejam revelados dados relevantes para terceiros e, em especial, a concorrentes.

Posto isso, entende-se que a norma processual empresarial deve estar pautada pela publicidade dos atos processuais, contudo, admitindo-se a decretação de segredo de justiça quando, a requerimento de ambas as partes, o Juiz constatar que a demanda envolve *segredos de empresa*, ou seja, dados relativos, especialmente, à propriedade intelectual, nos moldes já definidos no capítulo anterior, assim como lides oriundas de relações contratuais estratégicas, entre acionistas e destes com administradores em sociedades anônimas com negociação de ações em bolsa. Com isso, incorporar-se-á a especial qualidade da descrição do processo arbitral ao processo judicial empresarial.

De outro lado, fora dessas situações, o processo empresarial deve ter a mais ampla publicidade, a qual, aliás, deve ter um outro significado, além daquele defendido pela doutrina processual – efetivação do papel democrático do processo – mas agora com conteúdo econômico: fornecer informação acerca de determinado agente econômico, permitindo assim a redução dos custos de transação em suas relações.

O fato é que atualmente não há um banco de dados seguro e público que permita a consulta acerca de como o empresário se porta em nível negocial, a não ser quando há o inadimplemento de obrigações líquidas e certas, por meio de cadastros de inadimplentes ou até mesmo pela figura do protesto³⁰⁵. Essa situação prejudica ou

³⁰⁴ PROCESSO CIVIL. SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO. INFORMAÇÕES COMERCIAIS DE CARÁTER CONFIDENCIAL E ESTRATÉGICO. POSSIBILIDADE.

- O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo.

- Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico. Agravo a que se nega provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 14949/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

³⁰⁵ “O protesto, de fato, passou a cumprir a função de índice de pontualidade de certo sujeito, no cumprimento de suas obrigações. Quem figura como protestado tem reais dificuldades de acesso a crédito, porque, no meio bancário e empresarial, a certidão positiva de protesto de títulos é prova de inidoneidade dos que nela figuram como devedores. Mais do que ato de conservação de direitos creditícios, o protesto é hoje instrumento extrajudicial de cobrança.” (COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 450.)

mesmo impede que se possa mensurar de uma forma mais adequada a reputação no adimplemento e, principalmente, no comportamento negocial de determinado sujeito.

Nesse contexto, dar um outro significado para a publicidade do processo empresarial seria levar em conta esse aspecto objetivo do empresário – sua reputação – e permitir a mais ampla divulgação das demandas que o envolvem, a fim de que cada interessado em manter relações negociais com aquele específico agente tenha à sua disposição informação – possível, senão suficiente – para mensurar seu risco na operação.

A publicidade deve dar condições de acesso integral a todas as peças e atos processuais, a fim de que qualquer interessado possa fazer seu próprio juízo de valor acerca do comportamento e conduta do potencial parceiro, evitando com isso análises superficiais ou pré-concebidas que se dão com base em informações positivas contidas em certidões emitidas pelos órgãos que administram cadastros restritivos.

É fato que com a informatização do processo judicial, iniciada formalmente com a edição da Lei Federal nº 11.419/2006, e que é crescente, a possibilidade de se franquear acesso ao processo de forma efetiva e não apenas *pro forma* é efetiva e plena, permitindo que o processo não seja apenas uma forma de solução de conflitos entre as partes, mas sim que se permita o estudo e análise da reputação do agente litigante e da obtenção de um *cálculo de risco empresarial* mais fidedigno, reduzindo, assim, o custo de transação.

Richard A. Posner tratou da questão do sigilo sob a ótica da análise econômica do Direito, afirmando ser ineficiente, no mais das vezes, conceder tal direito de propriedade de forma absoluta. De acordo com ele, os mais ferrenhos defensores do direito à privacidade o descrevem como sendo o poder do indivíduo em controlar o fluxo de informações sobre si, incluindo deste rol atividades criminosas do passado e presente ou atos moralmente questionáveis com os padrões vigentes.

Não bastasse isso, afirma que essa ocultação não raras vezes tem por objetivo enganar aqueles com quem o indivíduo se relaciona. Ainda, há casos em que embora a informação privada não seja relacionada a ato reprovável moralmente, a revelação dela mostraria que o indivíduo tinha como escopo explorar o desconhecimento dos outros. Nestes casos, afirma que é difícil justificar porque a sociedade deveria atribuir o direito de propriedade sobre essa espécie de informação,

citando que a *common law* normalmente não chancela essa conduta. Portanto, prossegue, da mesma forma como se reprova quando um feirante vende seus artigos proferindo juízos falsos sobre eles, o que também é ineficiente, as pessoas não devem ser autorizadas a venderem a si mesmas, professando altos padrões de conduta para “convencer os outros de que será vantajoso estabelecer relações sociais ou comerciais com elas, ao mesmo tempo que ocultam informações que seriam necessárias para uma avaliação do caráter delas”. Assim, se de um lado há razões práticas para não se impor o dever generalizado das pessoas em franquearem sua intimidade, de outro os indivíduos têm o mesmo direito de se proteger contra relações desvantajosas, tendo acesso a informações relevantes e pertinentes. Conclui, afirmando que “poucas pessoas almejam a privacidade. Em vez disso, desejam manipular o mundo à sua volta, escolhendo quais informações revelarão sobre si mesmas”³⁰⁶.

A partir dessa análise, permitir a centralização de informações em mais um canal de consulta parece incentivar relações contratuais mais sólidas, baseadas em menor assimetria informacional. De outro lado, a existência desse meio de publicidade do processo, pode configurar-se como desincentivo a inadimplir, guardando relação de analogia com a contrapropaganda, que já aplicada como sanção no âmbito do direito do consumidor, conforme previsão do artigo 56, XII, da Lei Federal nº 8078/90.

³⁰⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 275-276.

4.4 A ESCOLHA NA NORMA JURÍDICA E O JULGAMENTO POR EQUIDADE

Tendo sido abordada acima a conciliação, entende-se que uma outra característica de um meio alternativo de resolução – neste caso a arbitragem – proporcionaria ganho em eficiência para o processo empresarial. A arbitragem permite às partes, com base na autonomia da vontade, a liberdade de eleição pelas partes dos critérios para a solução da controvérsia.

Trata-se da opção das partes dentre três possíveis: em primeiro lugar, poderão convencionar se desejam um julgamento de “direito” ou de “equidade”; poderão eleger livremente as “regras de direito” que desejam ver aplicadas na arbitragem; por fim, poderão convencionar que o árbitro aplique princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio, tudo em consonância com o artigo 2º, da Lei Federal nº 9.307/96.

A relação entre a forma do julgamento e as relações entre comerciantes é uma, senão a maior, razão para a especialização do direito privado e da sua divisão em civil e comercial.

O Regulamento 737 de 1850 previa que o julgador era *obrigado* a aplicar a legislação comercial nas causas comerciais, a qual era composta pelo Código Comercial de 1850 e, subsidiariamente, os usos comerciais e as leis civis.

A Lei de Introdução (Decreto-lei nº 4.657/42) prevê que quando a lei for omissa, o juiz decidirá com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito.

O projeto de Código Comercial, hoje em tramitação, elege a mesma técnica, ou seja, prevê uma hierarquia normativa, na qual, em primeiro lugar, figuram as normas do código, em caráter supletivo, o Código Civil, ficando claras duas proibições: nenhum princípio pode ser invocado para afastar a aplicação da lei, especialmente, a empresarial e o Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações empresariais³⁰⁷.

³⁰⁷ Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei. (...) Art. 298. No que não for regulado por este Código, aplica-se aos contratos empresariais o Código Civil. Parágrafo único. O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos empresariais. (Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/codcom/>>. Acesso em: 17 novembro 2012.

Retomando-se a dicotomia entre a arbitragem e o julgamento estatal no tocante aos conflitos empresariais, a extensão da autonomia da vontade pode ser considerada um diferencial. Contudo, considerando-se a natureza de disponibilidade dos interesses envolvidos nas lides empresariais, não parece adequado que se parta para uma enumeração exaustiva da forma de solução de conflitos a ser adotada, de maneira a permitir que as partes deliberem, se for o caso, por uma modalidade diferente daquela tomada como base geral.

Quando for hipótese de submissão ao Poder Judiciário, uma vez submetido o conflito à jurisdição empresarial, nos termos deste trabalho, o Juiz aplicará a norma que deve incidir no caso concreto, obedecendo as hierarquias legais hoje existentes. No entanto, não parece que haja óbice a que, à semelhança do regime arbitral, o processo civil empresarial preveja a possibilidade de que as partes, em comum acordo, elejam a forma pela qual desejam que o conflito seja solucionado. Em outras palavras, caso haja consenso entre as partes – ao menos nesse ponto – poderiam, à semelhança do que ocorre na arbitragem, escolher pelo julgamento de direito ou de equidade; sendo de direito, poderiam determinar qual o regime jurídico a ser aplicável; ou, então, possam dar preferência a princípios, direito consuetudinário, e até mesmo optar pelo regime jurídico estrangeiro que possa atender melhor à função econômica do negócio entabulado entre as partes – desde que a natureza do negócio permita esta interação entre diferentes sistemas normativos, sob pena de ofensa ao princípio da soberania nacional.

O julgamento por equidade merece especial atenção nesse ponto, pois se apresenta coerente com o contexto dos conflitos empresariais, nem sempre bem afetos aos moldes estáticos do direito positivado.

Piero Calamandrei, tratando do julgamento de direito e de equidade, afirma que as decisões tomadas com base na última também podem ser conhecidas como *dispositivas*, sendo fruto não da aplicação de uma norma jurídica já formulada, mas do poder de criar o direito para o caso singular. Estão em contraposição às *providências de direito*, que são aquelas em que o magistrado apenas aplica ao caso concreto uma norma jurídica já existente. Ao abordar o tradicional silogismo relacionado ao julgamento, o autor explica que nas decisões constitutivas, a mudança no plano jurídico é originada da

conclusão apresentada não com base em uma norma como premissa maior, mas de uma premissa criada pelo próprio Juiz.

Nesse ponto, importante destacar que a abordagem dada pelo italiano trata da equidade como forma de colmatar lacunas, havendo, entretanto, mais sentidos para a expressão.

Carlos Alberto Carmona, a partir da obra de Giovanni Verde, apresenta a comum classificação da equidade em formativa, supletiva e substitutiva. A primeira tem lugar quando o legislador autoriza expressamente o julgador a preencher lacunas no ordenamento. A equidade supletiva ocorre quando o direito positivo limita-se a prever a hipótese, sem, contudo, tratar das consequências, as quais serão definidas pelo magistrado³⁰⁸. Por fim, a equidade substitutiva tem lugar quando o Juiz afasta a incidência da lei aplicável e disciplina a questão de modo diverso³⁰⁹.

No mesmo sentido, Orlando Gomes afirma que a equidade substitutiva “existe quando o juiz é autorizado a invocar uma norma diversa da lei em face da particularidade do caso concreto”³¹⁰.

Tratando pormenorizadamente da questão, Carlos Alberto Carmona explica que a norma abstrata positivada pode, em determinado caso concreto, pode ser aquela de aplicação lógica, por prever especificamente os fatos-tipos, contudo, em determinadas circunstâncias pode gerar consequências injustas e inadequadas. Nestas situações, é de invocar a equidade, que autoriza o julgador a mitigar a severidade da norma. Portanto, quando deliberado e autorizado pelas partes, “o julgador pode com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes”³¹¹.

³⁰⁸ São várias as passagens do Código Civil em que se prevê a previsão de equidade supletiva como regra de julgamento: artigo 413 que trata redução da cláusula penal em caso de cumprimento parcial da obrigação; artigo 479 que trata da possibilidade de se evitar a resolução, por atitude do modificativa do réu; artigo 738 que trata da redução de indenização no contrato de transporte quando houver culpa concorrente; artigo 928 que trata da indenização pelos atos ilícitos causados por incapazes; artigo 944 que trata da fixação da indenização em relação à extensão do dano; artigo 953 que trata da fixação da indenização nos casos de injúria, difamação ou calúnia.

³⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 66.

³¹⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 51.

³¹¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.* p. 65.

O tratamento da equidade, observe-se ainda, guarda relação com o princípio da legalidade, uma vez que, embora a atuação do Magistrado ocorra para além do direito posto, deverá limitar-se ao ordenamento, portanto, para que julgue com equidade, a lei deve assim autorizar³¹².

Dito isso, acredita-se seja possível entender a necessidade de que o processo civil empresarial contenha uma norma híbrida, processual e material, que autorize a aplicação da espécie substitutiva, isto é, embora havendo norma de direito material em um sentido, desde que as partes deliberem e concedam poder ao Juiz, poderá afastá-la, aplicando outra. Trata-se, portanto, de uma cláusula geral para aplicação de equidade substitutiva por deliberação das partes.

Lembre-se que há ainda outras modalidades da espécie aplicáveis ao caso concreto, mesmo que não haja deliberação específica das partes, isso porque decorrem de outras disposições do direito positivo.

Acrescente-se ainda ao se ponderar sobre a deliberação das partes para que seja julgado o conflito por equidade que esta, por consequência deverá acompanhar-se da limitação ao poder de recorrer, tendo em vista representar um especial ponto de vista do Juiz que não se sujeita a critérios objetivos de revisão. Este é o modelo vigente no processo civil italiano:

Art. 114. Pronuncia secondo equita' a richiesta di parte
 Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equita' quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.
 (...)
 Capo II: DELL'APPELLO
 Art. 339. Appellabilita' delle sentenze
 Possono essere impugnate con appello le sentenze pronunciate in primo grado, purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'articolo 360, secondo comma.
 E' inappellabile la sentenza che il giudice ha pronunciato secondo equita' a norma dell'articolo 114.
 Le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equita' a norma dell'articolo 113, secondo comma, sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia³¹³.

³¹² Vale destacar que o Código de Processo Civil vigente relaciona equidade e legalidade: “art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

³¹³ Disponível em <<http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codiceproceduracivile.a> SP>. Acesso em: 12 novembro 2012.

No que tange à autorização para que o Magistrado aplique princípios gerais e mesmo normas consuetudinárias, é fato que tal possibilidade, mesmo não consentida pelas partes, já decorre da Lei de Introdução do Código Civil acima citada, em caráter supletivo.

Contudo, quando houver o conflito entre a lei e o costume, ou seja, trate-se de uso *contra legem*, afirma José Xavier de Carvalho de Mendonça, que “os usos jamais atentarão contra a unidade da legislação comercial, porque não valem contra as leis. É no silêncio destas, a fim de completá-las, que se os invocam no lugar onde são praticados”³¹⁴.

Rubens Requião apresenta outra solução. Afirma que, em princípio, os costumes não podem ser *contra legem*. Entretanto, prossegue, demonstrando que a afirmação não pode ser interpretada de forma simplista, pois dentre as normas de direito comercial existem aquelas conhecidas como *de ordem pública* e as normas simplesmente supletivas da vontade das partes. Portanto, não sendo a norma imperativa, isto é, de ordem pública, pode ser substituída por um costume, ao qual as partes deem especial preferência. Arremata: “verificando que a intenção das partes, pela natureza do negócio e suas condições, foi a de adotar, embora implicitamente, determinado uso comercial, o julgador deve aplicá-lo, sobrepondo-o à norma legal não imperativa”³¹⁵. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já abordou a questão em interesse precedente, com base na lição aqui apresentada³¹⁶.

Cesare Vivante esclarece o que seriam as normas de ordem pública, posição à qual se filia esta tese. Afirma que, inicialmente, os usos e costumes não podem

³¹⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 199.

³¹⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 1º vol., 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

³¹⁶ (...) - A adoção de costume 'contra legem' é controvertida na doutrina, pois depende de um juízo a respeito da natureza da norma aparentemente violada como sendo ou não de ordem pública.
 - Na hipótese, não se trata apenas de verificar a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também analisar o suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial – quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada - qual seja, o art. 159 do CC/16 - não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao 'neminem laedere' romano.
 - Especialmente em um contexto relativo ao período em que não havia, ainda, ocorrido a unificação do direito privado pelo CC/02, é impossível abordar o tema de forma lacônica, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume comercial em face de qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.
 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 877074/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

derrogar princípios de caráter público, sejam originários de leis ou os que a consciência geral considere necessários para a convivência social. Assim, não é eficaz o costume contrário à lei reguladora do estado e capacidade das pessoas e de sua prova, bem como acerca da liberdade em sentido amplo. Também não produz efeitos o uso que busque deixar impune a culpa ou que objetive proteger fraude³¹⁷.

4.5 O REGIME DAS PENALIDADES PROCESSUAIS DIANTE DA LITIGÂNCIA FRÍVOLA: USO DE INCENTIVOS NEGATIVOS PARA DETERMINAR COMPORTAMENTOS

Como foi visto no capítulo anterior, especialmente acerca da motivação que leva à litigância empresarial, é expressivo o número de lides aforadas como subterfúgios, ou seja, de forma oportunista para se obter alguma posição estratégica mais favorável numa determinada relação. Embora conhecedor da pouca probabilidade de êxito, ou mesmo da pequena expressão da demanda, insiste o litigante no seu intento. É o uso deturpado do direito de ação que exige um tratamento especial no processo empresarial.

É fato que as teorias acerca da natureza jurídica da ação são muitas e as controvérsias proporcionais. Desde a concepção romana de Celso, passando por Windscheid e Muther com a célebre polêmica na metade do século XIX, Wach, seu discípulo Chiovenda, Degenkolb e Plosz, Betti, Carnelutti, as teorias da ação caminharam em um sentido de abstração. Se inicialmente o direito de litigar exigia a existência efetiva do direito material reclamado, à medida que as teorias se sucederam no tempo, a abstração foi ganhando corpo.

Moacyr Amaral Santos, depois de analisar pormenorizadamente as controvérsias, explicitou seu entendimento, o qual reflete a relativa pacificação que hoje vige sobre o tema perante a doutrina processual tradicional. Afirma que a ação é um direito de provocar a prestação jurisdicional do Estado, não mais havendo que se falar em ação no sentido concreto. E por ser abstrato, é exercível por quem tenha razão ou

³¹⁷ VIVANTE, Cesare. *Op. cit.*, p. 81.

não. Em suma, é um direito subjetivo público, distinto do subjetivo privado alegado, estando dissociados, tendo como sujeito passivo o Estado, responsável pela prestação do serviço jurisdicional³¹⁸.

Não obstante o considerável consenso em torno do tema na doutrina especializada, o fato é que gradualmente cresce o diagnóstico, especialmente pelos adeptos da Análise Econômica do Direito, da chamada litigância frívola. Segundo Miguel Carlos Teixeira Patrício, este fenômeno caracteriza-se como uma litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo demandante, o qual decide levar a questão à jurisdição, mesmo tendo conhecimento de que “o valor que irá obter é inferior aos custos que terá que suportar”³¹⁹. Portanto, a litigância frívola, em regra, está relacionada ao que se chama de situações de *negative expected value suit* (NEVS), podendo, ocorrer, também, em situações de *positive expected value suits* (PEVS) quando o litigante tem conhecimento de que embora legítima a pretensão, a probabilidade de receber ao final é pouco provável, de modo que o custo da litigância seja maior que o benefício a ser auferido³²⁰.

Os casos frívolos, entretanto, nem sempre resultam em uma expectativa zero ou mínima de êxito, porque, conforme Kathryn E. Spier, há casos em que o Juiz pode cometer um equívoco e conceder um ganho ao demandante, contrariando os fatos e a lei; assim como, em algumas situações, embora o resultado do julgamento seja pouco rentável ou ruinoso em comparação aos custos, o resultado da demanda pode ser socialmente valioso³²¹.

De acordo com Avery Katz, há objeções de duas espécies contra a litigância frívola (*frivolous lawsuits*). Sob um aspecto de justiça, tais demandas devem ser repelidas, uma vez serem resultado de comportamento oportunista de agentes com o intuito de obter ganhos dos quais não são os legítimos titulares à custa de inocentes demandados que se veem expostos e coagidos. Do ponto de vista da eficiência, as perdas geradas pelas demandas frívolas são de duas ordens: diretas e indiretas. Os custos diretos incluem as despesas com a defesa nestas lides, assim como com os custos

³¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1º vol. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 157-169.

³¹⁹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63.

³²⁰ *Idem, ibidem*, p. 64.

³²¹ SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Eds.) **The Handbook of Law & Economics**: volume 1. San Francisco: Elsevier, 2007, p. 305-306.

para investigação e constatação se a demanda é ou não legítima. As perdas indiretas dizem respeito ao prejuízo social experimentado pelas questões legítimas que serão liquidadas com atraso em razão da divisão do tempo com as lides frívolas³²².

Quanto à motivação para tal espécie de litigância, embora aparentemente ilógica, porque os custos se sobrepõem aos possíveis ganhos, aponta Miguel Carlos Teixeira Patrício quatro razões para a explicação desse paradoxo: em primeiro lugar, deve-se à assimetria informativa, ou seja, não ter o conhecimento dessa disparidade; em segundo, “o facto de o queixoso [frívolo] iniciar a litigância com um custo reduzido e saber que irá ‘ganhar’ algo em acordo, a não ser que o ‘infractor’ realize um esforço assinalável para a sua defesa”; outra justificativa refere-se à diferença de percepção entre as partes quanto ao resultado em julgamento; por fim e como quarta razão, a crença na possibilidade de ocorrência de erro judicial³²³.

O autor afirma que as formas como os acordos se realizam em face de potenciais lides frívolas é que tornam críveis as razões acima apontadas. Identifica os seguintes cenários: acordos realizados em ambientes com assimetria informativa; em ambiente de simetria informativa com divisibilidade processual de custos; com a mesma simetria, mas sem divisão de custos; por fim, em ambientes com interferência de reputação³²⁴.

As constatações acima apontadas estão de acordo com as conclusões obtidas no estudo realizado pela equipe multidisciplinar formada pelos pesquisadores Hermílio Pereira dos Santos Filho, Luciano Benetti Timm, Adelar Fochezatto, Edimara Mezzomo Luciano, Rafael Bicca Machado, Emil Albert Sobottka, Simone Franco, Fabrício Loureiro de Carvalho Freitas, Daniela Cravo, Silvia Beatriz Mendonça e Guilherme Costa Wiedenhof. Naquele trabalho, conforme se viu, baseado em entrevistas aplicadas aos principais operadores jurídicos no Brasil, constatou-se que não raras vezes o processo é usado como forma de se obter um acordo, não importando ao agente o resultado da demanda por julgamento, sendo que nesse contexto, é possível afirmar que muitas dessas lides são frívolas.

³²² KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. **International Review of Law and Economics**, vol. 10. Elsevier, 1990, p. 3.

³²³ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Op. cit.* p. 65.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 66.

Importante destacar que além das lides frívolas, que chamam a atenção para uma nova abordagem do direito de ação, há situações mais graves, como as demandas que se configuram como atos ilícitos processuais. A doutrina americana intitulou essa modalidade de atuação, quando o intuito é prejudicar a concorrência, de *sham litigation*.

De acordo com Christopher C. Klein, em uma das primeiras e mais abrangentes abordagens sobre o tema da *sham litigation*, a litigância entre competidores pode ser legítima, estratégica ou fraudulenta. A demanda legítima tem por base uma expectativa direta de benefícios não fraudulentos por meio do mérito discutido. Ao contrário, a litigância estratégica busca um objetivo colateral. Essa meta pode ser a captura de ganhos competitivos, um acordo favorável ou um efeito de mercado anticompetitivo. A litigância fraudulenta está baseada na busca de benefícios decorrentes da indução em erro. Para efeitos de conceituação da *sham litigation*, o autor a define como a litigância estratégica ou fraudulenta, cujo objetivo é anticompetitivo, especialmente para induzir a saída do mercado, aumentar custos rivais ou prevenir a entrada ou expansão de atuais ou potenciais competidores. Em todos os casos, a conduta do litigante adepto da *sham litigation* não é iniciada com o objetivo de ser bem sucedido no mérito, mas de obter um efeito colateral estratégico ou uma meta anticompetitiva fraudulenta³²⁵.

Sandra Terepins discorre que a *sham litigation* foi desenvolvida jurisprudencialmente nos Estados Unidos como uma exceção à doutrina da imunidade à legislação antitruste, conhecida como *Noerr-Pennington Doctrine*, segundo a qual o direito de petição é livre, ainda que tal exercício tenha como efeito prejudicar a livre concorrência. Contudo, não há que se falar em imunidade quando o intuito é influenciar a ação governamental por instrumento tendente a prejudicar concorrente, configurando, assim, uma restrição ilegal ao comércio³²⁶.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE já reconheceu a aplicação da teoria no processo administrativo nº 08012.004484/2005-51, em que foi reconhecida a utilização abusiva do direito de ação de uma empresa contra outra, nova atuante no mesmo ramo já desenvolvido pela primeira, a fim de que criar dificuldades e

³²⁵ KLEIN, Christopher C. The economics of sham litigation: theory, cases, and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989, p. 24. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf>>. Acesso em: 16 novembro 2012.

³²⁶ TEREPIINS, Sandra. Sham litigation: Uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. **Revista do IBRAC**, vol. 15, n. 01, 2008, p. 63.

entraves para a constituição da concorrência, o que configura violação à ordem econômica. O conselheiro Fernando de Magalhães Furlan reconheceu a prática da conduta, baseando-se em certos comportamentos como o fornecimento ao Judiciário de informações premeditadamente insuficientes e imprecisas, a fundamentação de demandas judiciais com base em regulamentos de aplicabilidade questionáveis, além de inclusão da outra concorrente em ação judicial temerária.³²⁷

Embora a teoria do *sham litigation* tenha se desenvolvido a partir de condutas voltadas contra o *Sherman Act.*, ou seja, comportamentos anticoncorrenciais, não se pode negar que o cerne da questão é a natureza jurídica de abuso de direito a configurar um ato ilícito.

José Olimpio de Castro Filho, em uma das primeiras obras nacionais a tratar especificamente do abuso de direito no processo, afirma que o processo civil é campo muito mais vasto que o direito privado para o exercício abusivo do direito, envolvendo além da outra parte, outro lesado: o Estado³²⁸.

Francesco Cordopatri afirma que o abuso do processo reside no modo de confirmar no tempo uma distorção do emprego de um instrumento processual ou também de um ato processual individual. Trata-se de uma conduta pré-ordenada e objetiva com intuito de influenciar o Poder Judiciário, sua organização e a aplicação do ordenamento jurídico³²⁹.

A partir da abordagem dos conceitos de litigância frívola, *sham litigation* – talvez não pareça equivocado afirmar que esta é uma espécie daquela – e abuso de direito processual, coloca-se em discussão a própria natureza jurídica do direito de ação perante a doutrina processual tradicional, em que se garante o acesso à jurisdição, independentemente da procedência ou não do direito material reclamado.

Estas observações devem gerar consequências no aspecto processual, especialmente empresarial. José Olimpio de Castro Filho apresenta um sistema peculiar de sanções contra o abuso do direito processual que o direito civil ignora. Entende ele que, além da reparação econômica e específica, ainda há outras possíveis cominações:

³²⁷ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 16 novembro 2012.

³²⁸ CASTRO FILHO, José Olimpio de. **Abuso do direito no processo civil**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 31.

³²⁹ CORDOPATRI, Francesco. L'abuso del processo nel diritto positivo italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão, anno LXVII, n° 4, julho-agosto de 2012, p. 887-888.

em primeiro lugar, negar validade aos atos cometidos com abuso, ou seja, sua nulidade; em seguida, a imposição de multas; por fim, a responsabilização criminal³³⁰.

Sugestões há no sentido de que, por exemplo, as custas processuais sejam elevadas até certo ponto, a fim de evitar o comportamento oportunista dos litigantes frívolos³³¹.

Com relação às lides empresariais acredita-se que a elevação das custas processuais não seja a alternativa processual a ser adotada³³². Conforme desenvolvido no capítulo anterior, o custeio da jurisdição empresarial deve ser feito, com a máxima adequação possível, à natureza e extensão do serviço a ser prestado pelo Estado. A arrecadação, como visto, tem caráter de taxa, de modo que não há como se modificar sua base de cálculo a ponto de incluir nela uma variável relacionada ao comportamento dos litigantes. Ademais, a taxa não pode ser empregada como forma de repreensão de comportamentos, pois foge à sua finalidade e natureza jurídica de retribuição de serviço divisível.

Quanto à reparação econômica, Francesco Cordopatri dá testemunho de que na Itália serão imputadas as despesas do processo à parte que demonstrar comportamento abusivo, bem como será determinada indenização pelo magistrado, a ser fixada equitativamente, conforme artigo 91, 92 e 96 do Código de Processo Civil Italiano³³³. A indenização é medida devida quando verificada a responsabilidade civil, não importando a natureza do ato ilícito praticado, se advinda de uma relação contratual, extracontratual ou mesmo processual. No sistema processual brasileiro, a indenização pelo comportamento processual abusivo está determinada no artigo 18 do Código de Processo Civil ao prever a reparação dos prejuízos que a parte contrária sofreu. Contudo, tal medida por não ser projetada anteriormente pela parte e por ser

³³⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Op. cit.* p. 192.

³³¹ Conforme sugestão do estudo desenvolvido a pedido do CNJ e já citado nesta tese no capítulo anterior: “Como nem toda demanda é fruto de uma situação de —injustiça, existem demandas que podem ser evitadas, sem que isso implique déficit de prestação jurisdicional. Uma das formas de se reduzi-las é aumentar o — preço dos serviços judiciários para tais casos. O benefício da assistência judiciária gratuita é correto e deve ser mantido. Entretanto, os critérios definidores dos mercedores da assistência estão, de regra, equivocados quando se analisa a jurisprudência. O conceito de —pobrell deve ter amparo em dados estatísticos e não no sentimento relativo dos magistrados”.

³³² Esse é o mesmo entendimento em relação à jurisdição comum, sobretudo, porque nesta seara nem sempre estarão em jogo direitos com expressão econômica e ser ela, nestes casos, basicamente subvencionada pelo Estado.

³³³ CORDOPATRI, Francesco. *Op. cit.* p. 894.

ilíquido seu aspecto financeiro, não tem a potencialidade real de prevenir a realização da conduta danosa.

Ainda, quanto a um sistema de nulidades para atos abusivos, entende-se pelos mesmos motivos anteriores que se trata de uma consequência *a posteriori*, não surtindo efeitos preventivos, que são os pretendidos quando se trata de eficiência no âmbito empresarial. Ademais, o sistema vigente prevê a possibilidade de tal sanção *colateral*, ao permitir a propositura de ação rescisória, nos termos do artigo 485, III, do Código de Processo Civil, ao autorizar o desfazimento da coisa julgada, quando tiver resultado de dolo da parte vencedora em detrimento da vencida. Portanto, a alternativa mais adequada a ser pensada é a readequação da penalidade hoje existente no sistema processual a título de litigância de má-fé.

Em extensa análise do abuso de direitos processuais (ADP), Michele Taruffo, ao examinar as sanções previstas nos diversos ordenamentos contra o litigante de má-fé, arremata que

Uma terceira e extremamente interessante subclasse de sanções monetárias inclui penalidades e multas que são algumas vezes previstas pelo direito. [...] tais sanções parecer ser adequadamente flexíveis e eficientes para prevenir e punir o ADP. Pode-se objetar que tais instrumentos pressupõem cortes investidas com amplos poderes discricionários para aferir a natureza abusiva das condutas processuais e para determinar o montante das penalidades. Por outro lado, parece que a imposição de multas proporcionais à importância do abuso pode ser um efetivo meio para a prevenção do ADP. Assim, a atribuição de poderes necessários às cortes pode ser bem justificada³³⁴.

Prevista nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, quando observados os comportamentos considerados reprováveis e descritos na lei, caberá ao Juiz a fixação de multa, cujo valor será de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Contudo, para maior eficiência da medida sancionatória, há necessidade de duas alterações significativas no direito positivado: tanto na descrição das condutas, de forma a contemplar a realidade empresarial, como no percentual a ser fixado.

Em primeiro lugar, entende-se que há necessidade de se redefinir quais condutas geram a litigância de má-fé. A litigância frívola, entretanto, não pode servir de critério. Como foi visto acima, o fato de que a demanda intentada gere um benefício menor que os custos incorridos nem sempre a caracteriza como frívola. Há situações,

³³⁴ TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 177, p. 153-183, novembro de 2009, p. 178.

por exemplo, em que o valor social da decisão excede o ganho obtido por decisão. Outrossim, há demandas em que não há um valor econômico imediato, o que ocorre, via de regra, com aquelas que versam sobre direitos indisponíveis, tema que, de qualquer forma, não é objeto da presente tese.

Entretanto, há situações em que, em razão de assimetria informacional entre os litigantes ou mesmo entre parte e advogado³³⁵ acabam por gerar expectativas equivocadas. Nestas situações, embora as demandas possam efetivamente tornarem-se frívolas, só serão assim consideradas ou só serão assim percebidas pelas partes quando da prolação da sentença. Portanto, mesmo frívolas, não estarão sujeitas a penalidades. Contudo, nas lides frívolas e estratégicas ou anticompetitivas, constatada a ocorrência do comportamento, a penalização deve ser tal a ponto de dotar-se de um caráter pedagógico para o litigante, sem que haja limite previsto na legislação, ficando a critério do Juiz fixar a sanção, limitada ao ganho esperado e previsto com a demanda frívola.

4.6 A ADAPTAÇÃO RECURSAL

Ao se tratar da jurisdição empresarial e de uma adequação das normas processuais à realidade social, o tema dos recursos deve ser necessariamente examinado porque faz parte do debate sobre reformas e impactos econômico-processuais. Para tanto comprovar, cita-se pesquisa desenvolvida por Armando Castelar Pinheiro junto a 741 juízes brasileiros, os quais, questionados sobre quais são os motivos para explicar a morosidade da Justiça, seu anacronismo e instabilidade, 78% responderam que era muito relevante as muitas possibilidades de protelar decisões e 76,5% responderam ser muito relevante a possibilidade de recurso a um número excessivo de instâncias³³⁶. Portanto, é notável como a questão da supressão de recursos ou criação de mecanismos

³³⁵ “Plaintiffs and their attorneys typically have Access to different information that is relevant to the case. The plaintiff will have first-hand knowledge of the extent of his or her injuries and the extent of contributory negligence. The attorney, on the other hand, knows more about his or her abilities and expertise in handling the case and knows more about the law that is relevant to the case.” (SPIER, Kathryn E. *Op. cit.* p. 309)

³³⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil, in **Direito & Economia**, org. Décio Zylbersztajn e Rachel Stztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 257.

capazes de diminuir a sua admissão está presente no consciente coletivo acerca de reformas processuais.

Para tal comprovação, vale destacar o julgamento da questão de ordem levantada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 760.358 perante o Supremo Tribunal Federal em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, defende a mitigação de cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que não admite o recurso extraordinário, embora haja previsão na legislação processual, porque tal atitude significaria “confrontar a lógica do sistema e restabelecer o modelo da análise casuística, quando toda a reforma processual foi concebida de forma a permitir que a Suprema Corte se debruce uma única vez sobre cada questão constitucional”.

Ao lado da repercussão geral, acrescentado como requisito para admitir o conhecimento do recurso extraordinário e que foi inserido com a finalidade também de diminuir o número de julgamentos daquela Corte, outros instrumentos recursais foram introduzidos no sistema processual brasileiro, como o incidente para julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, incorporado pela Lei Federal nº 11.672/2008, a previsão do agravo de instrumento como exceção, sendo o retido a regra, conforme Lei Federal nº 11.187/2005, dentre outras.

Outrossim, atualmente está em análise projeto de emenda constitucional nº 15/2011 que trata especificamente do regime dos recursos extraordinário e especial. De acordo com Carolina Teodoro Falleiros, a idealização partiu do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Pelluso, em integração à proposta do III Pacto Republicano, acima noticiado.

O Senador Ricardo Ferraço apresentou a proposta de emenda e na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Senador Aloysio Nunes Ferreira apresentou um substitutivo, ora em trâmite. De acordo com a autora, a modificação sugerida pelo projeto de emenda traria graves mudanças para os sistemas processuais, não apenas cível, mas também criminal e trabalhista, isso por que alteraria o instituto da coisa julgada, uma vez que a interposição dos recursos extraordinário ou especial não impediria o trânsito em julgado das decisões que os comportasse³³⁷.

³³⁷ FALLEIROS, Carolina Teodoro. A “PEC dos recursos”, o projeto de novo código civil e a uniformização da jurisprudência através dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 210, p. 235-257, agosto/2012.

Entende-se, contudo, que a questão acerca de uma reforma recursal merece uma forma de abordagem que analise os efeitos dos recursos do ponto de vista relativo às consequências para a estrutura do Poder Judiciário e também com relação ao efeito que causa na relação processual entre as partes, considerando que uma simples mitigação de meios recursais já demonstrou historicamente não ser efetiva para fins de celeridade processual³³⁸.

Do ponto de vista estrutural, a existência de recursos em número elevado faz com que, obviamente, haja atraso na prestação jurisdicional. Por esse motivo é que os Pactos Federativos, quando trataram da efetividade e celeridade da jurisdição, geraram as soluções e filtros acima mencionados, tudo no afã de diminuir o número de recursos e liberar a carga excessiva de trabalho que era experimentada pelo Poder Judiciário, exigindo um incremento estrutural constante na mesma medida em que o acesso ao judiciário (número de demandas) aumenta.

Acerca de tal questão, válido destacar que a pesquisa do direito comparado indica ser uma medida adequada e racional a adoção de limitação recursal levando em conta o valor discutido na demanda.

O Código de Processo Civil Português prevê limitação para a interposição de recurso ordinário, condicionando-o a dois requisitos: o valor da causa seja superior à alçada do tribunal para o qual se recorre e a decisão tenha sido desfavorável ao recorrente em valor superior à metade da alçada³³⁹.

Para o Tribunal da Relação³⁴⁰ a alçada vigente é de € 14.963,94 e para os tribunais de primeira instância o valor é de € 3.740,98³⁴¹.

³³⁸ João Batista Lopes, após apresentar exemplos passados sobre a mesma iniciativa de se mitigar recursos, conclui que “tais referências históricas demonstram que a eliminação pura e simples de recursos não é o caminho ideal para solucionar os problemas de lentidão processual, por isso que sempre será possível encontrar sucedâneos para contornar a proibição, como aconteceu, em passado recente, com o mandado de segurança para agregar efeito suspensivo à apelação.” (LOPES, João Batista. As “antigas novidades” do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, p. 9-17, março de 2008, p. 13.

³³⁹ “Artigo 678.º. Decisões que admitem recurso
1 - O recurso ordinário só é admissível quando a causa tenha valor superior à alçada do tribunal de que se recorre e a decisão impugnada seja desfavorável ao recorrente em valor superior a metade da alçada desse tribunal, atendendo-se, em caso de fundada dúvida acerca do valor da sucumbência, somente ao valor da causa. (Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 9 novembro 2012.

³⁴⁰ O Tribunal da Relação em Portugal equivaleria aos tribunais de segunda instância no Brasil e tem jurisdição sobre um determinado distrito judicial. Portugal conta hoje com os seguintes distritos: Porto, Coimbra, Lisboa, Évora e Guimarães.

No México, o *Código Federal de Procedimientos Civiles* limita a interposição de apelação contra as sentenças que recaiam sobre negócios jurídicos cujo valor não exceda \$ 1000 pesos mexicanos³⁴².

O *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación* conta com regra que limita a interposição de recurso contra decisão cujo valor questionado seja inferior a \$ 20.000 pesos argentinos³⁴³.

Na Espanha, a *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, contém norma processual que veda a interposição de recurso contra sentença que verse sobre valor inferior a € 3.000,00³⁴⁴.

Por fim, na Alemanha também vige norma limitativa para a interposição de recursos com base no valor discutido na demanda. O *Zivil Prozess Ordnung* prevê o mínimo de € 600,00 para se autorizar a interposição de recurso³⁴⁵.

A razão para adoção de tal prática deve-se ao fato de que sob um critério de eficiência, é mais adequado garantir uma estrutura jurisdicional mais célere para aquelas demandas em que o prejuízo de um erro judiciário seja maior – considerando o valor

³⁴¹ Redação dada pela Lei nº 105/2003, que trata da organização e funcionamento dos tribunais judiciais.

³⁴² “Artículo 238.- Sólo son apelables las sentencias que recaigan en negocios cuyo valor exceda de mil pesos, y en aquellos cuyo interés no sea susceptible de valuarse en dinero”. (Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/6.pdf>>. Acesso em: 9 novembro 2012).

³⁴³ “Art. 242. - El recurso de apelación, salvo disposición en contrario, procederá solamente respecto de: 1. Las sentencias definitivas. 2. Las sentencias interlocutorias. 3. Las providencias simples que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva. Serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000).

Anualmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adecuará, si correspondiere, el monto establecido en el párrafo anterior”. (Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5>. Acesso em: 9 novembro 2012).

³⁴⁴ “Artículo 455. Resoluciones recurribles en apelación. Competencia y tramitación preferente.

1. Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la Ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros”. (Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.12t4.html#c3>. Acesso em: 9 novembro 2012)

³⁴⁵ Berufung

§ 511 Statthaftigkeit der Berufung

(1) Die Berufung findet gegen die im ersten Rechtszug erlassenen Endurteile statt.

(2) Die Berufung ist nur zulässig, wenn

1. der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt oder

2. das Gericht des ersten Rechtszuges die Berufung im Urteil zugelassen hat”.(Disponível em: <<http://www.zivilprozessordnung.de/>>. Acesso em: 9 novembro 2012)

envolvido – admitindo-se o prejuízo suportado por aqueles que demandam por quantias menores, em uma legítima aplicação do modelo de eficiência de *Kaldor-Hicks*.

Nos conflitos empresariais, como foi visto no capítulo anterior, a motivação em se tornar jurisdicional o conflito deve-se unicamente ao interesse econômico, sobretudo por se tratar de direito disponível.

Entende-se que a aplicação de limitador financeiro atrelado ao valor da causa seja um critério adequado para diminuir o número de recursos, sobretudo em nome da isonomia material, uma vez que embora versem sobre valores distintos, os recursos e seu processamento demandam, em tese, o mesmo grau de trabalho e ocupação da estrutura judicial.

Assim, considerando a posição adotada em relação às custas processuais, no sentido de que devem ser proporcionais ao serviço prestado e considerando o valor envolvido, não havendo a mitigação do cabimento do recurso, parece ser coerente a criação de custas processuais para processamento e julgamento de recursos, fazendo com que o agente econômico, presumindo-se racional, pondere o custo-benefício da operação. Já do ponto de vista endógeno à relação processual, a maior patologia causada pelos recursos acredita-se não ser a sua existência, mas o fato de que a sua interposição, não raras vezes, acaba por suspender a marcha processual.

No âmbito empresarial, fora da hipótese acima mencionada – condicionamento ao valor discutido na demanda – entende-se que diminuir a hipótese de cabimento de recursos não é uma medida salutar, isso porque analisando as estatísticas elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça nos anos de 2009 e 2010, vê-se que o número de reformas de decisões de primeiro grau está longe de ser insignificante:

Tabela 2.49 - Rd1º - Reforma de Decisão no 1º Grau

Tribunal de Justiça	RpAP1º - Recursos das Decisões de 1º Grau Providos pelos Tribunais Estaduais em Recurso de Apelação (ainda que parcialmente)	RpAI1º - Recursos das Decisões de 1º Grau Providos pelos Tribunais Estaduais em Agravos de Instrumento (ainda que parcialmente)	RjAP1º - Recursos de Apelações Julgados pelos Tribunais Estaduais	RjAI1º - Recursos de Agravos de Instrumento Julgados pelos Tribunais Estaduais	Rd1º - Reforma de Decisão no 1º Grau
Acre	nd	nd	nd	nd	nd
Alagoas	nd	nd	nd	nd	nd
Amazonas	22	10	103	27	24,6%
Amapá	332	67	938	129	37,4%
Bahia	1.633	681	6.177	3.630	23,6%
Ceará	3.591	878	10.355	4.516	30,1%
Distrito Federal	21.108	7.756	21.387	8.094	97,9%
Espírito Santo	1.612	387	4.938	1.002	33,7%
Goiás	7.400	4.128	18.251	13.514	36,3%
Maranhão	4.283	1.845	2.165	1.300	176,9%
Minas Gerais	37.661	13.967	96.445	41.664	37,4%
Mato Grosso do Sul	11.246	3.819	29.234	13.628	35,1%
Mato Grosso	3.863	1.795	9.863	4.058	40,6%
Pará	214	497	942	1.750	26,4%
Paraíba	nd	nd	nd	nd	nd
Pernambuco	5.202	1.238	15.245	5.391	31,2%
Piauí	282	256	233	nd	nd
Paraná	16.211	11.240	37.222	29.809	41,0%
Rio de Janeiro	9.671	2.711	78.325	51.536	9,5%
Rio Grande do Norte	575	254	5.021	2.040	11,7%
Rondônia	2.324	700	6.108	2.023	37,2%
Roraima	nd	nd	nd	nd	nd
Rio Grande do Sul	62.373	49.445	176.096	130.638	36,5%
Santa Catarina	13.660	1.192	59.607	12.377	20,6%
Sergipe	nd	nd	9.681	2.127	nd
São Paulo	nd	nd	nd	nd	nd
Tocantins	437	164	1.214	397	37,3%
Justiça Estadual	203.700	103.030	589.550	329.650	33,8%

Fonte: Justiça em Números 2009.
Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

Tabela 2.56 - Rd1º - Reforma de Decisão no 1º Grau

Tribunal de Justiça	RpAP1º - Recursos das Decisões de 1º Grau Providos pelos Tribunais Estaduais em Recurso de Apelação (ainda que parcialmente)	RpAI1º - Recursos das Decisões de 1º Grau Providos pelos Tribunais Estaduais em Agravos de Instrumento (ainda que parcialmente)	RjAP1º - Recursos de Apelações Julgados pelos Tribunais Estaduais	RjAI1º - Recursos de Agravos de Instrumento Julgados pelos Tribunais Estaduais	Rd1º - Reforma de Decisão no 1º Grau
Acre	nd	nd	nd	nd	nd
Alagoas	nd	nd	nd	nd	nd
Amazonas	37	15	51	25	68,4%
Amapá	140	524	269	1.351	41,0%
Bahia	nd	nd	nd	nd	nd
Ceará	3.946	933	10.594	4.217	32,9%
Distrito Federal	27.924	7.994	28.145	8.343	98,4%
Espírito Santo	1.764	856	8.833	3.900	20,6%
Goiás	8.476	5.674	22.162	17.333	35,8%
Maranhão	2.156	535	4.228	1.150	50,0%
Minas Gerais	42.456	16.937	101.879	48.708	39,4%
Mato Grosso do Sul	11.743	2.792	31.344	12.057	33,5%
Mato Grosso	3.238	1.494	8.453	3.419	39,9%
Pará	227	520	1.010	2.061	24,3%
Paraíba	2.642	900	7.855	2.868	33,0%
Pernambuco	4.911	1.506	9.919	5.975	40,4%
Piauí	755	539	1.344	618	66,0%
Paraná	14.002	13.173	35.147	35.441	38,5%
Rio de Janeiro	nd	nd	nd	nd	nd
Rio Grande do Norte	2.449	581	7.614	2.456	30,1%
Rondônia	3.045	1.005	8.030	2.650	37,9%
Roraima	0	0	0	0	nd
Rio Grande do Sul	84.281	48.891	210.491	127.883	39,4%
Santa Catarina	23.174	3.853	76.725	15.657	29,3%
Sergipe	3.588	640	12.336	3.273	27,1%
São Paulo	107.988	39.694	313.565	121.630	33,9%
Tocantins	477	216	1.175	913	33,2%
Justiça Estadual	349.419	149.272	901.169	421.928	37,7%

Fonte: Justiça em Números 2010.
Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

FIGURA 8: NÚMERO DE REFORMAS DE DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU
FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009/2010

A taxa de reforma das decisões de primeiro grau em 2009 foi de 33,8%, o que representa que mais de um terço das decisões proferidas foi reformada pelos Tribunais de Justiça estaduais no período. Apesar de certos números serem discrepantes – como, por exemplo, no Distrito Federal, em que o percentual de reforma foi de 97,9% – vê-se que a taxa acima de 30% se mostra homogênea.

O quadro agravou-se em 2010, em que se chegou próximo a quatro decisões reformadas de cada dez proferidas.

Embora a estatística apresentada não seja específica acerca de casos de total ou parcial procedência recursal, tampouco sobre as matérias objeto da reforma, o que se vê é que efetivamente houve desacerto nas decisões recorridas, em maior ou menor grau.

Já analisando os números referentes à reforma das decisões proferidas pelos Tribunais em recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, vê-se uma substancial redução:

Tabela 2.14 - Rd2º - Reforma de Decisão no 2º Grau			
Tribunal de Justiça	Rp2º - Recursos das Decisões de 2º Grau Providos pelo STF ou STJ(ainda que parcialmente)	Rj2º - Recursos Julgados pelo STF ou STJ	Rd2º - Reforma de Decisão no 2º Grau
Acre	nd	nd	nd
Alagoas	nd	397	nd
Amazonas	135	870	15,5%
Amapá	1	16	6,3%
Bahia	254	1.611	15,8%
Ceará	nd	nd	nd
Distrito Federal	694	3.721	18,7%
Espírito Santo	nd	nd	nd
Goiás	561	2.898	19,4%
Maranhão	108	574	18,8%
Minas Gerais	3.832	14.930	25,7%
Mato Grosso do Sul	1.124	5.621	20,0%
Mato Grosso	235	4.456	5,3%
Pará	28	129	21,7%
Paraíba	823	1.699	48,4%
Pernambuco	111	1.584	7,0%
Piauí	119	267	44,6%
Paraná	1.304	6.886	nd
Rio de Janeiro	2.515	14.492	17,4%
Rio Grande do Norte	114	1.744	6,5%
Rondônia	164	1.028	16,0%
Roraima	nd	nd	nd
Rio Grande do Sul	10.689	43.039	24,8%
Santa Catarina	2.148	6.454	33,3%
Sergipe	nd	nd	nd
São Paulo	nd	nd	nd
Tocantins	13	81	16,0%
Justiça Estadual	24.972	112.497	22,5%

Fonte: Justiça em Números 2009.
Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

Tabela 2.15 - Rd2º - Reforma de Decisão no 2º Grau			
Tribunal de Justiça	Rp2º - Recursos das Decisões de 2º Grau Providos pelo STF ou STJ(ainda que parcialmente)	Rj2º - Recursos Julgados pelo STF ou STJ	Rd2º - Reforma de Decisão no 2º Grau
Acre	63	263	24,0%
Alagoas	nd	316	nd
Amazonas	128	816	15,7%
Amapá	7	61	11,5%
Bahia	nd	nd	nd
Ceará	nd	nd	nd
Distrito Federal	738	4.477	16,5%
Espírito Santo	nd	nd	nd
Goiás	117	307	38,1%
Maranhão	107	555	19,3%
Minas Gerais	1.346	6.182	21,8%
Mato Grosso do Sul	1.160	6.380	18,2%
Mato Grosso	347	4.816	7,2%
Pará	39	194	20,1%
Paraíba	333	1.092	30,5%
Pernambuco	259	2.185	11,9%
Piauí	80	356	22,5%
Paraná	2.396	13.060	18,3%
Rio de Janeiro	2.290	15.783	nd
Rio Grande do Norte	35	277	12,6%
Rondônia	92	967	9,5%
Roraima	0	0	nd
Rio Grande do Sul	13.206	51.869	25,5%
Santa Catarina	1.446	6.748	21,4%
Sergipe	nd	nd	nd
São Paulo	5.469	34.359	15,9%
Tocantins	24	296	8,1%
Justiça Estadual	29.682	151.359	20,3%

Fonte: Justiça em Números 2010.
Obs: 'nd' significa que o dado não está disponível.

FIGURA 9: REFORMA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS EM RECURSOS DIRIGIDOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES
FONTE: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009/2010

No ano de 2009, a taxa de reforma foi de 22,5%, tendo diminuído no ano posterior para 20,3%, o que revela uma tendência inversa em relação aos números de primeiro grau, quando houve crescimento do percentual de reforma.

Sendo assim, defender medidas de mitigação recursal sem levar em conta a magnitude financeira do direito disponível em discussão pode ser uma atitude ineficiente, isso porque o erro judiciário não é insignificante de acordo com os números apresentados.

Antes de prosseguir, necessário definir o erro judiciário. Para efeitos da presente tese, o erro judiciário tanto pode ser observado na decisão em que há uma má interpretação da prova relativa aos fatos controvertidos do processo; quanto na demanda em que há aplicação de norma jurídica ou interpretação de norma jurídica diversa daquela que é aplicada pacífica ou majoritariamente pelo Tribunal. As duas hipóteses geram a reforma da decisão.

Não se examina aqui os aspectos teleológico e jusfilosófico da atividade acerca do papel e atuação do magistrado na composição da lide, mas sim no contexto pragmático das decisões que se sustentam ou não frente ao entendimento relativamente reiterado das Cortes, cuja papel deve ser a unificação do entendimento sobre determinada questão, quando isso for possível.

De acordo com Miguel Carlos Teixeira Patrício,

o erro pode fazer sobrestimar ou subestimar o valor do bem ou direito atingido. Se o erro (naturalmente involuntário) tiver como resultado prático a sobrestimação, tal constituirá um incentivo a uma maior litigância por parte de futuros queixosos e, ao contrário do que poderia esperar-se, tal situação traduzir-se-á num afastamento do óptimo social, porque um potencial infractor não verá vantagem em aumentas os níveis de precaução. Inversamente, porém, se o erro tiver como resultado prático a subestimação, tal constituirá um incentivo a uma maior precaução por parte de potenciais vítimas (o que vai de encontro ao óptimo social), no entanto, não fará a sinalização adequada face a potenciais infractores, tendo como efeito a diminuição da litigância meritória e a procura de meios alternativos (eventualmente ilegais) de justiça³⁴⁶.

A abordagem que o autor dá à questão do erro refere-se à hipótese em que o juiz afasta-se da *aplicação correta da lei*. Contudo, o significado dessa expressão não pode ser preenchido talvez com a exatidão pretendida no texto. Em outras palavras, qual

³⁴⁶ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Op. cit.* p. 122.

é o critério para indicar a correção da aplicação da lei? Entende-se que para efeitos realistas, deve ser levado em conta o entendimento consolidado pelos Tribunais, independentemente de seu conteúdo. Não há dúvida que os Tribunais também decidirão com *erro*, quando se afastarem do que possa ser considerado *correto* pela doutrina, por exemplo. Mas, para efeitos de mensuração e cálculo do custo da transação, é com base no julgamento e posicionamento definitivo das Cortes que tal se dará.

Desse modo, o papel dos recursos é homogeneizar as decisões judiciais, afastando assim as decisões *erradas*, levando aos Tribunais as questões novas para consolidação e as antigas para formatação.

Para efeitos empresariais, parece ser mais relevante a segurança jurídica de um entendimento consolidado – dando a baliza para a mensuração da relação econômica travada – do que liberdade de atuação do magistrado. Ou seja, o livre convencimento racional do Juiz, hoje estampado como princípio no artigo 131 do Código de Processo Civil, merece também uma mitigação no âmbito empresarial.

Nesse contexto, os recursos são, antes de instrumentos protelatórios, verdadeiras salvaguardas para a consolidação da segurança jurídica, realizadores da diminuição dos custos de transação, quando ponderados os efeitos negativos das demandas judiciais para *enforcement* dos contratos empresariais. Não obstante esse entendimento de ponderação que aponta no sentido de prestigiar a segurança jurídica, não se desconhece o oportunismo do recorrente como um dado real e existente, sobretudo ante a ausência de consequências reais contrárias ao litigante frívolo.

Acerca do tema, são várias as sugestões apresentadas, especialmente a criação de sanções recursais – como é a proposta apresentada no projeto de Código de Processo Civil, a fim de que seja instituída a sucumbência recursal – a antecipação do trânsito em julgado, como sugerido pelo Ministro Cezar Pelluso, ou mesmo o depósito recursal, como ocorre no processo do trabalho.

Quanto à primeira hipótese, por se configurar como um incentivo negativo, da mesma forma que foi tratada no tópico anterior, entende-se que há a possibilidade de que a medida seja efetiva, desde que o impacto da penalidade seja suficiente para desestimular o comportamento recursal frívolo, sempre partindo do princípio de que o empresário é um agente econômico que pauta suas decisões na racionalidade do binômio custo-benefício.

A antecipação do trânsito em julgado, fazendo com a interposição dos recursos extraordinários não impeçam a formação da coisa julgada, da forma como pretendida, por meio de emenda à constituição, provocará alterações também em relação a outros ramos processuais – especialmente o criminal e o trabalhista – nos quais o efeito de tal modificação pode causar consequências graves, como a possibilidade de início de cumprimento de pena independentemente de estar sendo discutida a decisão em sede recursal.

A exigência do depósito recursal também não demonstrou ter sido uma variável potente em mitigar a interposição de recursos, sobretudo porque em sendo mantida a decisão servirá mesmo como parte para amortização do débito. Em verdade, apenas para os recorrentes que não tenham liquidez é que há uma efetiva consequência de impossibilitar a interposição do recurso, o que esbarra na própria garantia constitucional de acesso ao judiciário.

Diante desse contexto, apresenta-se como medida mais efetiva em termos recursais, a inversão da regra hoje existente acerca do efeito suspensivo, ou seja, deixando de ser regra para ser exceção.

O direito processual italiano prevê o efeito suspensivo do recurso interposto contra a sentença como uma exceção, como se vê do previsto no artigo 337 do *Codice di Procedura Civile*:

Art. 337. Sospensione dell'esecuzione e dei processi
L'esecuzione della sentenza non e' sospesa per effetto dell'impugnazione di essa, salve le disposizioni degli articoli 283, 373, 401 e 407. Quando l'autorita' di una sentenza e' invocata in un diverso processo, questo puo' essere sospeso se tale sentenza e' impugnata³⁴⁷.

Da mesma forma ocorre no Código de Processo Civil português, que trata do efeito suspensivo como algo excepcional, garantindo efetividade às decisões proferidas e impugnadas, prevendo ainda sanção contra o apelante agraciado com a medida, mas que mostrar-se negligente na condução do processo, valendo-se de comportamento oportunista:

³⁴⁷ Disponível em: <<http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codiceproceduracivile.a> SP>. Acesso em: 27 novembro 2012.

Artigo 692.º

Efeito da apelação

1 - A apelação tem efeito meramente devolutivo, excepto nos casos previstos nos números seguintes.

2 - A apelação tem efeito suspensivo do processo nos casos previstos na lei.

3 - Tem efeito suspensivo da decisão a apelação:

a) Da decisão que ponha termo ao processo em acções sobre o estado das pessoas;

b) Da decisão que ponha termo ao processo nas acções referidas no n.º 3 do artigo 678.º e nas que respeitem à posse ou à propriedade de casa de habitação;

c) Do despacho de indeferimento do incidente processado por apenso;

d) Do despacho que indefira liminarmente ou não ordene a providência cautelar;

e) Das decisões previstas nas alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 691.º;

f) Nos demais casos previstos por lei.

4 - Fora dos casos previstos no número anterior, o recorrente pode requerer, ao interpor o recurso, que a apelação tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efectiva prestação da caução no prazo fixado pelo tribunal e ao disposto no n.º 3 do artigo 818.º

Artigo 692.º-A

Termos a seguir no pedido de atribuição do efeito suspensivo

1 - No caso previsto no n.º 4 do artigo anterior, a atribuição do efeito suspensivo extingue-se se o recurso estiver parado durante mais de 30 dias por negligência do apelante.

2 - Ao pedido de atribuição de efeito suspensivo pode o apelado responder na sua alegação³⁴⁸.

A possibilidade de execução imediata das decisões judiciais – desde que prestadas as devidas garantias para o caso de reversão, devendo ser ponderada, inclusive, o alto índice de reformas acima apontado – parece ser a medida de maior efetividade endógena que a questão recursal merece.

³⁴⁸ Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processocivil/downloadFile/file/CODIGO_PROCES_SO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12>. Acesso em: 27 novembro 2012.

4.7 A ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO E A UNIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS: MEDIDAS PARA DIMINUIR A ASSIMETRIA INFORMACIONAL

Como foi visto no segundo capítulo, a análise comportamental do agente econômico verifica a existência de heurísticas e vieses na conduta do agente econômico, que decorrem justamente da assimetria informacional.

No que toca ao processo, essa mesma disparidade de informações acaba influenciando diretamente no êxito das conciliações em juízo, fazendo com que, ao contrário, prefiram a decisão judicial.

Robert Cooter e Thomas Ulen tratam da questão acerca do por que das partes, sabendo ser a decisão judicial mais custosa que a extrajudicial, submetem a questão ao Poder Judiciário. Em tese, tal conduta seria irracional. Contudo, explicam que dentre outros motivos, a razão dessa postura deve-se ao fato de que o demandante tem grandes expectativas com relação a seu direito reclamado, enquanto o demandado imagina que sua condenação será sempre menor do que o esperado pela outra parte. Portanto, afirma que as partes, no litígio, são relativamente otimistas. Neste ponto, válido lembrar o tema de heurísticas e vieses acima tratados, dentre eles o otimismo irreal. Portanto, segundo os autores, “el optimismo relativo acerca del juicio dificulta el arreglo extrajudicial”³⁴⁹. Prosseguem afirmando que o otimismo relativo deve-se a uma assimetria nas informações privadas entre demandante e demandado. Assim, se o demandado superestima os danos do demandante e este superestima as precauções do demandado, ambas serão relativamente pessimistas, e a composição será fácil. Do contrário, se houver subestimação mútua, o acordo será difícil.

Em razão desse raciocínio, franquear a informação privada é uma boa alternativa para evitar que a demanda seja julgada (*adjudication*), chegando as partes a uma composição antes do seu fim.

A troca de informações, prosseguem, pode ser feita voluntariamente, o que ocorre de maneira informal nos momentos que antecedem a propositura da demanda, ou formalmente, quando se celebra uma audiência prévia e o Juiz determina que as partes

³⁴⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 495 e 496.

discutam as expectativas do que imaginam ocorrer durante o processo. Citam que nos Estados Unidos há determinação de que cada parte contra-argumente cada pergunta da outra parte acerca da lide, o que se chama de descoberta (*discovery*³⁵⁰) com o objetivo de que cada parte conheça fatos que até então eram de domínio apenas da outra.

A partir desse raciocínio traçam três afirmações acerca do tema da assimetria informacional e processo:

las partes tienden a revelar información voluntariamente, antes del juicio, a fin de corregir el optimismo relativo de la otra parte, promoviendo así los arreglos (...) las partes tienden a ocultar una información que corregiría el pesimismo de la otra parte y así promueven los arreglos (...) las partes tienden a descubrir información que corrige su pesimismo relativo, lo que las lleva a exigir mejores términos para llegar a un arreglo extrajudicial³⁵¹.

Concluem que diante dessas constatações, nem sempre é certo que a privatização de informações entre as partes possa permitir com certeza a realização de um acordo entre elas.

Lucian Arye Bebchuk desenvolve um modelo em que uma das partes detém informação de forma completamente assimétrica em relação à outra parte. Nestas condições, provavelmente não haveria a busca de uma composição por negociação, mas sim uma proposta *take-it-or-leave-it* ofertada por aquele que tem menos informações privadas, não podendo ou não conseguindo, portanto, barganhar³⁵².

Da forma como o procedimento comum pelo rito ordinário hoje é estruturado não se privilegia a troca de informações, fazendo com que a conduta das partes seja a de manter suas informações privadas até o momento da produção de provas, que ocorre apenas em fase mais avançada do procedimento, fazendo com que haja uma dilação de tempo excessiva até o momento de interação informativa.

³⁵⁰ “Característico do ordenamento processual anglo-saxônico é o mecanismo tradicionalmente conhecido como *Discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que de ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do litígio, na medida em que permite aos litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa, in **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, novembro-dezembro de 2004, São Paulo: 2004, p. 75-88, p. 82.)

³⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 498-499.

³⁵² BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and settlement under imperfect information. **Rand Journal of Economics**, vol. 15, n° 3, 1984, p. 406-407.

O artigo 331 do Código de Processo Civil prevê a existência de uma audiência chamada de preliminar, cujo objetivo é a tentativa de que as partes se conciliem. Contudo, no momento em que as partes participam deste ato, apenas a prova documental foi produzida no processo, de modo que cada parte tem conhecimento privado de quanto o seu argumento é realmente procedente ou não, não permitindo o cálculo das probabilidades de êxito e de perda na demanda, gerando assim otimismo irrealistas. Já foi visto que esse comportamento é um viés comum no comportamento humano, quando há informação escassa.

Diante disso, o procedimento comum a ser adotado no processo empresarial deveria ser orientado por duas diretrizes: a concentração máxima de atos processuais logo no seu início, especialmente, aspectos probatórios; a autorização ao juiz para que possa modular os atos processuais fora de um esquema rígido previsto em lei, a fim de dimensionar os atos processuais de acordo com a natureza do conflito. A antecipação da produção de provas é a forma de diminuir ao máximo a assimetria informacional entre os litigantes. Afora as complexidades aparentemente operacionais que uma medida como essa possa ter – deslocamento e convocação de testemunhas – certas provas poderiam ser realizadas logo após a apresentação de contestação, como a prova pericial de natureza simples, em que o perito estaria presente na primeira audiência a ser realizada, respondendo aos quesitos formulados pelas partes no mesmo ato. Seria uma construção análoga ao instituto americano do *discovering evidence* citado por Robert Cooter e Thomas Ulen, em que falsas expectativas das partes seriam dirimidas no primeiro ato processual conjunto.

Nada impede que essa lógica exposta acima seja aplicada ao processo civil comum – como ocorre, aliás, com o direito inglês – contudo, não é a matriz que hoje vige no Brasil.

O sistema processual alemão prevê a existência de uma audiência única e global, na qual as partes devem comparecer, bem como será produzida a prova, justamente com o intuito de abreviar o procedimento judicial, conforme previsto no artigo 272 do *Zivilprozessordnung*³⁵³.

³⁵³ (1) Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen.
(2) Der Vorsitzende bestimmt entweder einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (§ 275) oder veranlasst ein schriftliches Vorverfahren (§ 276).

Ademais, regras mais rígidas para apresentação de documentos de forma única na primeira vez em que as partes intervêm no processo sob pena de preclusão, também seria uma forma de tornar processualmente pública a informação até então privada.

Combinado a estas medidas, a possibilidade de modulação dos atos processuais às peculiaridades do caso concreto sempre tendo como especial atenção a revelação das informações privadas é uma medida eficiente.

José Rogério Cruz e Tucci promove ampla revisão do direito comparado acerca da tendência internacional em prestigiar a economia processual de atos a serem praticados como determinante para se viabilizar o corolário da duração razoável do processo. Afirma que no processo civil francês contemporâneo há crescente tendência em se autorizar o juiz, desde que com isso concordem as partes, a promover modificações no procedimento, a fim de adaptá-lo à natureza do caso concreto, tudo em nome da eficiência do processo, citando a nova redação do artigo 23 do *Nouveau CPC* que prevê a faculdade do Juiz, em conjunto com os procuradores das partes, em firmar um cronograma para os demais atos a serem praticados no futuro³⁵⁴.

Em seguida, trata da experiência inglesa, na qual há aproximadamente uma década houve profunda reforma processual.

As *Civil Procedure Rules-CPR* passaram a conceder o poder de gestão processual (*case management*), ao qual cabe, dentre outras medidas, fixar a espécie de procedimento mais consentâneo com o caso concreto. Assim, os artigos 26 e seguintes preveem três espécies de procedimentos comuns, os quais, em regra, são adotados de acordo com o valor da causa: o *small claims track* – em demandas cujo valor não exceda cinco mil libras; o *fast-track* quando versar a lide sobre valores entre cinco mil e quinze mil libras; e, por fim, o *multi-track* aplicável às demais demandas, inclusive para aquelas que não tem valor econômico imediato.

O primeiro procedimento é mais simples e rápido até em razão da relevância da causa aferida pelo valor discutido. “Na esfera do denominado *fast-track*, consideradas as normas que regram o *case management*, depois de examinar os

(3) Die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung sollen so früh wie möglich stattfinden” Disponível em: <http://www.zivilprozessordnung.de/> Acesso em: 27 novembro 2012.

³⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, p. 193-209, fevereiro de 2011.

horizontes da situação concreta, o juiz estabelece um calendário específico, até a data do julgamento (*trial*)”, o qual não deve ultrapassar trinta semanas. Quando ao *multi-track* há ampla possibilidade de modulação dos atos, podendo variar de acordo com a natureza, duração, e complexidade da demanda. Para as questões mais complexas, podem ser adotados dois tipos de atos processuais informados pela oralidade: a *case management conference* que consiste em uma audiência na qual juiz e partes fixam os limites da lide e estabelecem o cronograma, determinando quais provas serão produzidas; e o *pré-trial review* que se trata de uma audiência para se atestar que a demanda está em momento adequado para julgamento, designando-se o dia para o *trial*³⁵⁵.

Conclui o autor no sentido de que, definidos fatos, delimitada a complexidade e o procedimento a ser adotado, o juiz terá discricionariedade para

a) fomentar a autocomposição; b) ampliar ou reduzir os prazos para implementar o respectivo procedimento; c) designar ou adiar audiências; d) suspender o processo; e) alterar a estratégia para a apuração dos fatos; f) indeferir requerimentos procrastinatórios; e g) reduzir o número de testemunhas³⁵⁶.

Há de se destacar que no Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, que trata de proposta para substituição do Código de Processo Civil, foi instituída a chamada flexibilização procedimental, nos artigos 107, V e 151, § 1º:

Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

(...)

Art.151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

§ 1o Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.

³⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.* p. 201-203.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 203.

Acerca de tal sugestão, manifestam-se favoravelmente Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A previsão de normas processuais abertas tem a virtude de permitir a construção do direito à ação adequada às peculiaridades do direito material, permitindo primeiro olhar para a tutela do direito para depois perguntar pelas técnicas processuais necessárias para sua promoção. Promove-se a adequação do processo à tutela do direito. Semelhante técnica deve ser concretizada pelo juiz em diálogo com as partes, respeitado o contraditório. A previsão de respeito à ampla defesa, aliás, é supérflua. Rigorosamente, basta a alusão ao contraditório para legitimação da adequação do processo as necessidades evidenciadas pelo direito material³⁵⁷.

A combinação entre revelação de informações privadas e informalidade procedimental pode ser observada, com as devidas proporções, no chamado “modelo de Stuttgart”, relatado por Mauro Capeletti e Bryant Garth, que consiste em um método de procedimento que envolve as partes, advogados e juízes em “um diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito”. Segundo os autores, essa sistemática não só acelera o procedimento, como também resulta em decisões que as partes compreendem e frequentemente aceitam, não interpondo recursos, isso porque após ouvirem partes e testemunhas, os juízes deliberam em separado e apresentam um projeto de sentença que é discutido entre todos, sendo ainda admissível o acordo. Esse modelo apresenta apenas um terço de recursos em comparação com o procedimento comum³⁵⁸.

Não parece ser equivocado afirmar que tal sistema adaptativo de procedimento acaba por privilegiar a discussão e divisão da informação, diminuindo a assimetria e permitindo acordos com maior grau de negociação ou decisões (*adjudication*) mais legítimas perante os litigantes perante o resultado dos debates.

Com isso, entende-se ser possível adequar as normas processuais às vicissitudes das lides empresariais, em que são temas marcantes a disponibilidade do direito envolvido e a liberdade dos agentes, bem como o espírito de busca da decisão mais eficiente e também o comportamento oportunista dos agentes.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – críticas e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88-89.

³⁵⁸ CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.* p. 78.

CONCLUSÕES

A propositura de uma jurisdição dedicada aos conflitos relativos às questões empresariais e à adaptação das normas processuais às peculiaridades destas lides teve como objetivo adequar a prestação jurisdicional à realidade econômica vigente, visando o desenvolvimento econômico e social. Isso porque o Estado, como prestador do serviço público jurisdicional, tem um papel de destaque nas questões empresariais, vez que sua atuação influencia na forma como as transações ocorrem e se desenvolvem.

A partir destas colocações, este trabalho procura relacionar a prestação jurisdicional específica, célere e previsível como atividade institucional, com a ideia de desenvolvimento social, adotando o conceito amplo defendido por Amartya Sen, não se limitando, portanto, à visão estritamente econômica do tema.

Com relação ao Direito Empresarial, defender uma jurisdição própria remete às raízes históricas da matéria, uma vez que a questão comercial surgiu com a necessidade de se criar regras específicas ao tráfico comercial, bem como delimitar a quem se aplicariam por meio de um órgão jurisdicional não-estatal. Mais tarde, os atos de comércio tornaram-se a forma de se delimitar a competência dos tribunais do comércio, no modelo francês, democratizando o acesso a todos aqueles que praticassem a atividade prevista em lei.

Contudo, reavivar a proposta de uma jurisdição empresarial hoje se anima por outras razões, não de um interesse de classe – como foi na Idade Média – ou como forma de dirimir um privilégio incoerente com a nova ideologia da Revolução Francesa, mas como uma forma de fomentar o desenvolvimento.

Ademais, não é possível estender a atuação de uma jurisdição única para questões tão discrepantes hoje existentes como integrantes de um mesmo título de relações de *direito privado*.

A plêiade de situações e principiologias tão distintas no âmbito do direito material não permite a existência de uma jurisdição comum única. Relações de parentesco, filiação, direitos coletivos e difusos, direito individual do consumidor, relações particulares comuns e relações entre empresários são tão díspares que defender

a tese de que são parte de um mesmo sistema parece ser uma afirmação incoerente ou anti-pragmática.

Ora, esforçar-se por manter questões tão distintas conceitualmente sob um mesmo manto é justamente retorcer a lógica.

A tarefa de esclarecer e desenvolver conceitos também deve ser feita pela jurisprudência e, adotando-se uma concepção do realismo jurídico, é na aplicação que o direito positivo vai comprovar sua eficácia ou não. Portanto, para fins de conciliar o inconciliável, outra solução não parece ser mais eficiente do que a separação da jurisdição comum, a fim de que se uniformizem conceitos na seara específica das relações empresariais.

Como foi visto no primeiro capítulo, além do intuito de se congregarem para a defesa da classe, foi da necessidade de se dirimir conflitos sobre uma matéria excepcional em relação ao direito comum que surgiram as Corporações de Ofício e seus Tribunais. Não havia como unificar a jurisdição sobre questões conceitualmente distintas. Essa foi a realidade que perdurou durante séculos e que resistiu até mesmo à primeira grande ruptura epistemológica pela qual passou o Direito Comercial, ocorrida com a teoria dos atos de comércio.

O Brasil, herdeiro da cultura jurídica portuguesa, a qual, por sua vez, era fortemente influenciada pela francesa, também experimentou a existência dos Tribunais do Comércio, cuja extinção deveu-se ao fato de que a estrutura social e econômica vigente era ainda incipiente, assim como foi considerada viciada a forma de nomeação dos julgadores, mas não por obsolescência da espécie jurisdicional vigente. Portanto, não parece correto afirmar que o passado sepultou os Tribunais do Comércio na história brasileira e que assim deve permanecer, pois a análise deve se dar de forma conjuntural, reconhecendo-se a abissal disparidade entre os momentos vividos.

Tratando dessa nova jurisdição, adaptada aos dias atuais, sua estruturação deve levar em conta o caráter econômico das relações empresariais e a realidade que anima as lides a elas pertinentes.

O comportamento do agente econômico pode adaptar a função da jurisdição, adequando-a a natureza do conflito. Portanto, defender que a jurisdição possa ser um meio para potencializar a eficiência das relações empresariais não parece causar tanto espanto quanto se defender o mesmo ao se tratar de uma lide sobre direito indisponível.

Como indicado no trabalho, uma abordagem pragmatista do Direito permite defender a ponderação da influência econômica nas questões jurídicas, levando em conta as vicissitudes políticas, sociais e morais que permeiam cada caso.

Quanto ao comércio, como indicado no capítulo segundo, é conceito que importa especialmente à Economia e ao Direito e assim deve ser abordado esse tema. Para efeitos de resolução das lides empresariais, a Análise Econômica do Direito, a Nova Economia Comportamental e a Análise Econômica Comportamental fornecem cabedal profícuo de instrumentos para a elucidação eficiente dos conflitos entre empresários.

O papel institucional da jurisdição deve ser levado em conta quando o tema são as relações econômicas empresariais. A solução dos conflitos de forma eficiente e rápida gera uma diminuição dos custos de transação, via de consequência, colaboram com a dinâmica e a segurança jurídica, dados essenciais para relações econômicas com resultado positivo.

Do perfil dessa jurisdição especializada tratou-se especificamente no capítulo terceiro. A permanência de conceitos vacilantes e ficções clássicas desgastadas pelo tempo, como a concepção de que a jurisdição deve atender unicamente à necessidade de pacificação social, não mais se coaduna com o perfil dos litígios empresariais. Como foi visto, há que se adequar a prestação jurisdicional empresarial à demanda que se apresenta.

O comportamento do agente econômico profissional muitas vezes está marcado pela racionalidade oportunista. Essa realidade torna ingênua a afirmação clássica sobre o papel da jurisdição, de acertamento dos direitos. Contudo, essa crítica conceitual se faz na relação jurisdição-conflito empresarial, e não a toda espécie de prestação jurisdicional, quando a atuação do Estado-juiz se justifique por questões político-sociais e não pelo binômio custo-benefício, por exemplo, no exercício da persecução penal ou no interesse dos direitos indisponíveis.

Ainda quanto à estrutura da jurisdição empresarial, certas consequências lógicas decorrem dessa mudança de paradigma quanto à sua função. Sendo serviço público divisível e, via de consequência, devendo ser instituída a taxa como contraprestação – conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal –

seu custeio deve ser arcado pelo demandante vencido, senão na exata proporção, mas da forma mais fiel possível à estrutura utilizada.

Além de atender ao entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, estar-se-á respeitando a garantia constitucional da isonomia, considerando que a despesa judicial da atividade empresarial não deve ser imposta à coletividade, mas sim como componente da formação do custo do empresário, a ser repassada ou não ao mercado, dependendo da concorrência de cada setor.

Outrossim, havendo uma sustentação financeira coerente para a justiça especializada, poderá ser dotada de uma estrutura especialmente dedicada e afeita aos temas empresariais. Nesse contexto, o pessoal e, indispensavelmente, o Magistrado – que deverá ser selecionado com base em conhecimento específico da matéria, além de outros temas conexos ao exercício de sua profissão – poderão prestar o serviço público da forma mais efetiva e eficiente possível. Afinal, não há como negar que a questão de infraestrutura e deficiência técnica de recursos humanos tem sido dos principais motivos pelos quais a jurisdição comum tem se apresentado como ineficiente há anos na experiência nacional.

Esse quadro deficitário – não só no Brasil, frise-se – fez com que a ineficiência fosse aceita a contragosto pelos litigantes e levou aqueles que tinham condições, não só financeiras, mas também levando em conta a espécie de litígio, a buscar meios alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem. Contudo, embora sejam inegáveis as qualidades da arbitragem, não se pode admitir que essa seja a única forma eficiente para dirimir conflitos empresariais, sobretudo, porque essa modalidade não pode prestar uma tutela completa sobre o litígio, por exemplo, pela impossibilidade de impor o cumprimento de suas decisões. Nessa toada, a jurisdição empresarial, devidamente custeada, especializada e eficiente, poderia conviver harmonicamente com a arbitragem.

Sendo certa a premissa de disponibilidade do direito envolvido na lide empresarial, a matéria e a forma de divisão de competência da jurisdição empresarial foi objeto de abordagem no final do terceiro capítulo. Foi sugerida a divisão em dois critérios: pessoal e material. Quanto ao critério pessoal, é requisito indispensável para se atrair a competência que o autor esteja regularmente inscrito no registro público de empresas mercantis; quanto ao réu, pode ser inscrito ou não, cabendo ao autor provar a

qualidade de empresário. Quando se tratar de rurícola, considerando o direito positivo vigente, o registro será obrigatório, tanto para o autor da demanda, quanto para o réu. No que tange à competência material, independentemente das partes envolvidas, ocorrerá quando a causa de pedir das demandas envolver os pedidos de recuperação judicial e falência, bem como aquelas atraídas em razão da universalidade do juízo falimentar; todos os conflitos que envolverem sociedades empresárias; as lides que versarem sobre propriedade intelectual, nos moldes da definição acima. Não obstante, não é apenas a especialização da jurisdição que poderá trazer a eficiência pretendida. Há necessidade também que se adapte a legislação processual incidente, o que foi objeto do quarto e último capítulo.

Quanto à conciliação, também como meio de resolução alternativa de controvérsia, e a relação com o processo empresarial, especialmente em razão da natureza da maioria dos conflitos empresariais, em que se admite a relação de cooperação pré-existente, é uma forma de se evitar um julgamento sancionador que poderia colocar em xeque a continuidade de uma relação.

Em seguida, foi tratado o tema da publicidade processual em relação às lides empresariais, com objetivo de adaptar o papel dessa garantia processual à realidade empresarial. Assim, se de um lado as *questões de empresa* devem ter um tratamento privilegiado pelo sigilo – que a norma processual do artigo 155 do Código de Processo Civil vigente não contempla explicitamente – de outro, a ampla publicidade pode ser utilizada como fonte de informação para dirimir custos de transação. Ademais, uma influência vinda desse modo de resolução alternativa de conflitos pode ser aplicada à jurisdição empresarial, qual seja, a liberdade das partes escolherem o regime jurídico a ser aplicado à lide e, ainda, o julgamento por equidade, considerando sempre envolver o litígio empresarial direitos disponíveis.

Outrossim, as penalidades processuais devem ser utilizadas como formas de incentivos negativos para desestimular o comportamento oportunista do agente econômico racional, que pretende utilizar o processo como instrumento causador de dano, havendo que se reformular as condutas previstas como de litigância de má-fé à realidade empresarial e para essas fixar-se o devido apenamento, mas não da forma limitada como hoje preveem os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

A questão recursal, indubitavelmente, merece tratamento na adaptação das normas processuais aos aspectos empresariais e, ao contrário do que normalmente se defende, verifica-se que a mitigação recursal nem sempre provocará resultados eficientes, pois a taxa de reforma das decisões ainda se verifica em alto grau, logo, o prejuízo provocado pelo erro judiciário poderá não justificar a celeridade que se espera com a redução de recursos. Portanto, impor-se a efetividade imediata das decisões judiciais sem, contudo, eliminar recursos, parece ser a solução que melhor coaduna a necessidade de efetividade dos provimentos judiciais com a possibilidade de revisão do erro judiciário.

Por fim, referiu-se à adaptabilidade procedimental. As normas processuais empresariais devem ser formatadas com maior grau de liberdade para atuação do magistrado, a fim de que possa adequar o procedimento à espécie de litígio em discussão. A questão da revelação das provas, ademais, deve ganhar importância, a fim de diminuir a assimetria informacional que é inerente a toda relação econômica, não sendo diferente quando a questão é posta em juízo. Ademais, o trabalho de descoberta e troca das informações facilitará, inclusive, a conciliação, que deve ser adotada como atividade obrigatória nas lides empresariais.

Desse modo, conclui-se que a tese de especialização da jurisdição e a criação de um direito processual empresarial estarão de acordo com a necessária abordagem econômica dessa espécie de litigância e a bem da eficiência e do desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ANNICHINI, Alessia Legnani. **La Mercanzia di Bologna – Gli statuti del 1436 e Le riformazioni quattrocentesche**. Bologna: Bonomia University Press, 2008.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**, Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**, Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

_____. **Saggi di Diritto Commerciale**. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1955.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-126. out/dez 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and settlement under imperfect information. **Rand Journal of Economics**, vol. 15, nº 3, 1984.

BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 101, p. 161-168, janeiro-março de 2001.

BENSON, Bruce L. **The spontaneous evolution of commercial law**. Florida: Southern Economic Journal, Jan 1989, vol. 55.

BERTOLDI, Marcelo M. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BORGES, José Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**, vol. I, Campinas: Bookseller, 1999.

CAOVILLA, Renato; TIMM, Luciano Benetti. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil, *in Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, jan-jul de 2010. Brasília: Universa.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**, 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**, vol. I, São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTRO FILHO, José Olimpio de. **Abuso do direito no processo civil**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 19ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2003.

COASE, Ronald. La Naturaleza de la Empresa, *in* **Derecho y Economía: Una revisión de la literatura**, coor. Adrés Roemer, Mexico DF: Fondo de cultura Economía, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, vol. 1, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COIMBRA, André Luiz Gonçalves. Justiça gratuita e honorários periciais na Justiça do Trabalho, *in* **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, v.43, n.73, jan./jun.2006, Belo Horizonte.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economia**. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CORDOPATRI, Francesco. L'abuso del processo nel diritto positivo italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Milão, anno LXVII, nº 4, julho-agosto de 2012.

DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao código de processo civil**, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DELPLANQUE, Catherine. **Le Code de commerce de 1807**, *in* <http://www.afhj.fr/ressources/Origine%20du%20Code%20de%20commerce-Delplanque.pdf>. Acesso em: 19 janeiro 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2011.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil *in* **Revista de Economia e Relações Internacionais** / Faculdade de Economia da Fundação Armando Alvares Penteado, (2003) – São Paulo: FEC-FAAP, 2003.

FALLEIROS, Carolina Teodoro. A “PEC dos recursos”, o projeto de novo código civil e a uniformização da jurisprudência através dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 210, p. 235-257, agosto/2012.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia econômica: como o comportamento econômico influencia nas nossas decisões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1950.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? *In* **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, nº 77, maio/junho 2006.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**, 32ª edição, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

GALESKI JR., Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Direito e Economia: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita**. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

GALGANO, Francesco. **Diritto commerciale – l'imprenditore**. 3ª edição. Bologna: N Zanichelli Editore, 1989.

_____. **Lex mercatoria – Storia del diritto commerciale**. Bologna: Mulino, 1993.

GOLDSCHMIDT, Levin. **Storia universale del Diritto** Commerciale. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Lições de Direito Societário**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HOLMSTROM, Bengt R.; TIROLE, Jean. The theory of the firm. In **Handbook of Industrial Organization**, volume I, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, London: Elsevier Science Publishers B.V., 1989.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, in **Law & Economics Working Paper**, n. 55, Chicago: Law School.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____. Subject probability: a judgement of representativeness. In: **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. New York: Cambridge University Press, 2008.

KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. **International Review of Law and Economics**, vol. 10. Elsevier, 1990.

KESSLER, Amalia D. **A Revolution in Commerce: the Parisian merchant court and the rise of commercial society in eighteenth century france**. New Heaven: Yale University Press, 2007.

KLEIN, Christopher C. The economics of sham litigation: theory, cases, and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989, p. 24. Disponível em: <http://www.ftc.gov/be/econrpt/232158.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2012.

LEA, Stephen; TARPY, Roger M.; WEBLEY, Paul. **The individual in the economy: a survey of economic psychology**. Cambridge: University Press, 1987.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**, tratado VII, Lisboa: Imprensa Régia, 1819.

LOPES, João Batista. As “antigas novidades” do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, p. 9-17, março de 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro – A criação dos Tribunais de Comércio no Império, **Cadernos Direito GV**, v. 4, n. 6, São Paulo: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2007.

_____. Direito e Economia: os caminhos do debate. In: **Agenda contemporânea: Direito e Economia: trinta anos de Brasil**, tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima, coord. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, José Carlos de.; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC – críticas e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral do processo**, 2ª edição. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2007.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A justiça na França – um modelo em questão**. EME: Editora de direito, 2001.

MARTINS, Fran., **Curso de Direito Comercial**, 33ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, volume I, 1ª edição, Campinas: Russell, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**, tomo III, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa**, vol. I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1960.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa, *in* **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, novembro-dezembro de 2004, São Paulo: 2004.

MOSSA, Lorenzo. **Trattato del nuovo Diritto Commerciale**, vol. I. Milão: Società Editrice Libreria, 1942.

NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009.

NASCIMENTO, José Augusto. **A formação do juiz no Brasil**. Salvador: Escola de Magistrado da Bahia.

NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, Vol. 5, No. 1, 1991, pp. 97-112.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PAYAR, André Javier Ferreira. **A escravidão entre os seguros: as seguradoras de escravos na província do Rio de Janeiro (1831-1888)**, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da FDUSP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia: A visão dos Magistrados**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4198. Acesso em: 26 de out. de 2012.

_____. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil, *in* **Direito & Economia**, org. Décio Zylbersztajn e Rachel Stztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2005.

PINHO, Diva Benevides. Aspectos da Evolução da Ciência Econômica – Da Economia da Informação às Raízes do Pensamento Econômico. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____; **Para além do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PULITANÒ, Enzo. Le esigenze delle imprese - La crisi della giustizia civile vista da chi opera giorno per giorno nelle aziende, *in* **Impresa & Stato**, n. 40, set. 1997, Milano: Cacomm, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 1º volume, 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN; Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de Droit Commercial**, vol. I, 9ª edição. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1931.

SANDER, Frank E. A. **Varieties of dispute processing**, in Levin and Wheeler (eds), **THE POUND CONFERENCE: PERSPECTIVES ON JUSTICE IN THE FUTURE** (1979). Disponível em: <http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wpcontent/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 1º vol. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SATTA, Salvatore. Riflessi tributari della teoria generale del processo, *in* **Rivista del Diritto Commerciale**, volume XXXVI, parte prima. Milano: Casa editrice Francesco vallardi, 1938.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis L. Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis. *In*: Faculty Scholarship Series. Paper 117. 1979.

SILVA, Eduardo da Silva. **Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**, vol. I, 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SOUZA, Ruy de. **O Direito das Empresas**, Belo Horizonte: Bernardo Alvares Editora, 1959.

SPIER, Kathryn E. Litigation. *In*: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Eds.) **The Handbook of Law & Economics**: volume 1. San Francisco: Elsevier, 2007.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa – Atividade empresária e mercador**, São Paulo: Editora Atlas, 2004.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 177, p. 153-183, novembro de 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 125, p. 61-78, julho de 2005.

TEREPINS, Sandra. Sham litigation: Uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE. **Revista do IBRAC**, vol. 15, n. 01, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**, 13ª edição. São Paulo: Renovar, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, p. 193-209, fevereiro de 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, volume 1, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VIVANTE, Cesare. **Instituições do direito comercial**, 2ª edição, Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

_____. **Tratado de derecho mercantil**, vol. 1. Madrid: Editorial Reus, 1932.

WILLIAMSON, Oliver E. **Market and Hierarchies**. New York: The Free Press, 1975.

_____. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

_____. **The mechanisms of governance.** New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Transaction Cost Economics**, *In Handbook of Industrial Organization*, volume I, Edited by R. Schmalensee and R.D. Willig, London: Elsevier Science Publishers B.V., 1989.

URÍA, Rodrigo e MENÉNDEZ, Aurelio. Concepto, evolución histórica y fuentes del derecho mercantil, *in Lecciones de Derecho Mercantil*, 4ª edición, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

ÍNDICE REMISSIVO

arbitragem

Arbitragem, 6, 16, 98, 111, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 154, 155, 158, 162, 167, 168, 200, 204, 211

Coase, 40, 65, 66, 67

competência

Competência, 15, 16, 25, 33, 34, 35, 36, 49, 86, 103, 123, 124, 127, 128, 129, 130, 131, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 197, 200, 201, 204

Comportamental

comportamental, 6, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 199

conciliação

Conciliação, 16, 52, 84, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 167, 201, 202

consumidor

Consumidor, 14, 41, 42, 61, 63, 78, 87, 92, 126, 127, 129, 148, 166, 197

Corporações

corporações, 15, 21, 22, 28, 33, 111, 198

desenvolvimento

Desenvolvimento, 6, 14, 18, 19, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 37, 40, 42, 49, 52, 59, 60, 61, 64, 67, 72, 74, 85, 92, 93, 123, 148, 159, 197, 202

Economia

economia, 6, 16, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 62, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 80, 81, 94, 108, 179, 199, 206, 208, 210

eficiência

Eficiência, 14, 15, 67, 76, 79, 83, 84, 108, 117, 120, 131, 151, 159, 167, 173, 178, 182, 194, 198, 201, 202

firma

Firma, 53, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 81, 82, 138, 140

heurística

Heurística, 76, 77, 78

instituição

Instituição, 26, 38, 39, 45, 71, 83, 119, 151, 162

Juiz

juiz, 46, 88, 107, 156, 157, 164, 168, 169, 170, 173, 178, 179, 188, 191, 194

jurisdição

Jurisdição, 6, 14, 15, 16, 23, 24, 27, 28, 33, 34, 35, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 54, 73, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 97, 98, 99, 101, 104, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 139, 143, 145, 146, 147, 148, 150,

- 155, 156, 157, 158, 160, 161, 168,
173, 176, 177, 179, 181, 197, 198,
199, 200, 201, 202, 208
- JURISDIÇÃO, 1, 2, 3, 18, 27, 85, 93,
102, 128
- lide
- Lide, 13, 15, 86, 87, 88, 89, 90, 93,
117, 122, 124, 125, 126, 128, 132,
139, 154, 156, 159, 160, 162, 187,
192, 194, 195, 198, 200, 201
- multa
- Multa, 178
- North, 71
- procedimento
- Procedimento, 103, 119, 123, 143,
144, 147, 159, 170, 192, 193, 194,
195, 196, 202
- processo
- Processo, 16, 17, 24, 28, 48, 54, 59,
60, 61, 67, 68, 72, 73, 77, 83, 84,
86, 87, 89, 92, 95, 98, 99, 100,
102, 106, 113, 114, 116, 119, 120,
121, 122, 123, 129, 132, 137, 138,
139, 141, 143, 145, 146, 150, 151,
152, 153, 154, 155, 157, 158, 160,
163, 164, 165, 166, 167, 168, 170,
172, 174, 175, 176, 177, 181, 187,
188, 189, 190, 191, 192, 193, 194,
195, 196, 201, 204, 205, 208, 209,
211
- recurso
- Recurso, 17, 82, 117, 119, 127, 152,
155, 179, 180, 181, 182, 183, 189,
190
- sham litigation*, 175, 176, 208
- taxa
- Taxa, 94, 106, 112, 113, 114, 115,
117, 177, 185, 187, 199, 202
- Tribunais
- tribunais, 6, 15, 18, 23, 24, 25, 27,
28, 33, 34, 35, 36, 44, 46, 48, 49,
50, 51, 85, 102, 103, 104, 108,
118, 119, 124, 130, 136, 138, 141,
146, 152, 153, 155, 159, 160, 163,
185, 188, 196, 198, 203, 204, 205,
206, 207, 208, 211
- viés
- Viés, 52, 75, 77, 193
- Williamson, 58, 64, 67, 69, 71, 72, 73,
82