

CODIFICAÇÃO, DIREITO COMERCIAL E PROCESSO: DO ENCERRAMENTO NORMATIVO À EFETIVIDADE ¹

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves²

Gustavo Osna³

Resumo: É crescente em nosso atual cenário jurídico a defesa de uma nova codificação para o Direito Comercial, centrada especialmente na possível autonomia ideológica que sua separação normativa poderia trazer. No presente estudo, todavia, apresenta-se uma visão alternativa a esta ideia, demonstrando que o encerramento normativo não tende a ser a melhor saída para conferir maior efetividade à matéria empresária, falhando na aproximação entre a disciplina e ramos do Direito que lhe são necessários e não contribuindo para que haja sua aproximação com a realidade e com suas crescentes demandas. Neste sentido, realiza-se inicialmente uma distinção entre Direito Comercial e Código Comercial, passando pela construção histórica da importância da realidade para a construção do direito comercial e do dogma da codificação para, com isso, demonstrar a inexistência de coincidência entre as duas ideias. Após, indica-se que o atual movimento codificador, que também atinge outras áreas do Direito, não dá conta de viabilizar a intersecção entre elas, especialmente entre Direito Comercial e

¹ Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Empresarial*. v.2, Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 123-138.

² Advogado, Professor da Faculdade Dom Bosco e das Faculdades da Indústria, Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Brasil. giovannirralves@uol.com.br

³ Advogado, Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Brasil. gustavo@mosadvocacia.com.br

Direito Processual Civil, caminhando na contramão da efetividade no tratamento do litígio das relações de comércio. Por fim, a partir do caso prático relacionado à coisa julgada em ações societárias, sustenta-se que é mais adequado que, ao invés de encerramentos normativos, pense-se em um diálogo franco entre as matérias, passando por uma maior aderência à realidade e uma maior atenção a balizas pragmáticas e aos efeitos concretos da decisão – o que não seria um novo Código Comercial que em nosso atual contexto conseguiria materializar.

Palavras-Chave: Codificação. Insuficiência. Direito Comercial. Direito Processual Civil.

CODIFICATION, COMMERCIAL LAW AND LITIGATION: FROM THE NORMATIVE CLOSURE TO THE EFFECTIVENESS

Abstract: Specially on the basis of the possible ideological autonomy that it could bring, the defense of a new Commercial Code is increasing in our current legal scenario. Nonetheless, in this essay we present an alternative view, demonstrating that the regulatory closure does not tend to be the best solution to make legal intervention on corporate issues more effective, since it fails to connect the Commercial Law to relevant legal areas or to the demands that arrive from reality. In this sense, we make an initial distinction between Commercial Law and Commercial Code, analysing historically the dogma of coding and the importance of reality for the construction of commercial law to demonstrate the lack of coincidence between the two ideas. After that, we indicate that the current movement in favour of new Codes, which also affects other legal areas, does not enable the intersection between them, especially between Commercial Law and Civil Procedure, walking in the opposite

direction of effectiveness. Finally, highlighting the practical case related to *res judicata* in corporate action, we conclude that, rather than normative closures, it is more appropriate defend a frank dialogue between both areas, approaching them to reality and giving more relevance to pragmatic views and to the legal decisions effects - targets that, in our context, a new Commercial Code would not be able to materialize.

Keywords: Codification. Insufficiency. Commercial Law. Civil Procedure.

Sumário: 1- Introdução. 2- Perspectivas do Direito Comercial: Surgimento e Primeira Experiência Codificadora. 3- Codificação, Aspecto Cultural, Empresariedade e Casuísmo – O Direito Comercial Não Tem Receita Pronta. 4- O Processo Empresarial como Exemplo da Inocuidade de um Encerramento Normativo-Conceptual. 5- Um Caso Pontual: Coisa Julgada Societária e Estabilidade de Questões. 6- Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1- INTRODUÇÃO



presente artigo analisa alguns aspectos do Projeto de Novo Código Comercial (Projeto de Lei 1572/2011), notadamente no que diz respeito à ideia de codificação e a necessária relação com os outros ramos do direito, em especial, com o Processo Civil.

Inicialmente, é feita uma breve comparação entre o nascimento do Direito Comercial (na Idade Média) e a sua primeira codificação (na Idade Moderna). Busca-se, com isso, lembrar o leitor da (i) grande importância da história na formação deste ramo do Direito e de que (ii) Direito Comercial e Código Comercial não são expressões que sempre andaram juntas.

Em seguida, é analisada a ideia de codificação, partindo-

se da concepção moderna, do contexto de sua formação e dos objetivos buscados pelo codificador comercial francês do Século XIX. Na sequência, aborda-se alguns dos escopos do Novo Código Comercial e algumas das justificativas dos seus defensores, elencando-se, nada obstante, alguns contrapontos aos fundamentos que embasariam a criação de um novo código e óbices à consecução dos objetivos.

Adiante, faz-se uma necessária aproximação teórica entre o Direito Comercial e o Direito Processual Civil, vez que a prática jurídica demonstra que são indissociáveis. Nesta esteira, aponta-se a insuficiência de alguns dos fundamentos clássicos do Direito Processual Civil para lidar satisfatoriamente com a realidade processual-empresarial, desvelando que o encerramento normativo não pode vir sem que haja um diálogo franco entre os tópicos da disciplina.

Por fim, a partir da análise de um exemplo recorrente na prática empresarial, demonstra-se que para além de um novo corpo normativo, faz-se necessária uma reavaliação de conceitos para a qual não pode ser desconsiderada a pragmática e a experiência comparada.

2- PERSPECTIVAS DO DIREITO COMERCIAL: SURTI- MENTO E PRIMEIRA EXPERIÊNCIA CODIFICADORA

Conforme ensinam Galgano e Ascarelli, em que pese a relevante contribuição de alguns dos institutos do Direito Romano ao Direito Comercial, este surgiu, propriamente dito, na Baixa Idade Média, como resultado de um fenômeno histórico, decorrente em especial da afirmação da classe burguesa e de seu espírito empreendedor⁴.

O *Ius Mercatorum* foi criado com o objetivo de conferir

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

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 25.

segurança jurídica à atividade comercial. A partir da análise do contexto de sua criação, observa-se que foi concebido como uma reação à instabilidade da Alta Idade Média advinda, especialmente, da diferença dos regimes jurídicos aplicáveis às diferentes localidades, o que, por vezes, causou discórdias e conflitos nas relações comerciais, dificultando a velocidade e a segurança das transações mercantis.

O Direito Comercial surgiu em um período e como resultado de um modelo de pensamento em que o Estado ainda não era visto como única fonte legitimada para criar a ordem jurídica. Foi criado pelos comerciantes e para contemplar os interesses deles próprios, sem influência direta do ente estatal nesta elaboração normativa. Além de elaboradores das normas, eram os próprios comerciantes os responsáveis por fiscalizar o cumprimento delas e fazer valer seu conteúdo. O *Ius Mercatorum* era um direito essencialmente classista.

Com o passar do tempo, como decorrência das grandes transformações pelas quais passou a sociedade europeia e o modo de se pensar o direito, foi-se fortalecendo um novo modelo de pensamento, que em sentido contrário ao paradigma medieval, sustentava que as leis haveriam necessariamente de ser emanadas do Estado, com um caráter universal e sistêmico.

Fundamentado na concepção de racionalidade ilimitada do sujeito e buscando estabelecer um sistema jurídico mais seguro, sem particularidades que pudessem comprometer a pretensão de universalidade do direito, o modelo instaurado na modernidade veio a colidir frontalmente com a concepção classista do *Ius Mercatorum*.

Sintomático a respeito do assunto foi o surgimento do Código Comercial Francês de 1807, o qual rejeitou por completo a ideia de um direito feito pelos comerciantes para eles próprios. O *Code* buscou definir, objetivamente, quais seriam os atos de comércio, de modo a imputar a incidência das leis comerciais a qualquer indivíduo que praticasse os atos elenca-

dos pelo código como tais e não somente a uma classe restrita, dos comerciantes, como ocorria durante a vigência do *Ius Mercatorum*.

No mesmo sentido, o princípio da igualdade, basilar para a Revolução Francesa, rejeitava a ideia de classe de pessoas. Assim, não era admissível, à luz do pensamento racionalista moderno predominante à época, a concepção de que uma categoria (classe) fosse submetida a um regime jurídico próprio e diferenciado dos demais cidadãos.

O Código Comercial Francês fez parte do apogeu de um modo de pensar que instaurou um novo modelo jurídico-organizatório, no qual se visou à instauração de uma equilibrada ordem de convivência, de caráter universalista, pautada no pensamento racionalista e oriunda, necessariamente, do ente estatal.

É, portanto, significativa a diferença entre o modelo de pensar predominante quando do surgimento do *Ius Mercatorum* (na Idade Média) em comparação com o do nascimento do Direito Comercial codificado (na Idade Moderna). Ambos, inegavelmente, foram produtos da racionalidade predominante à época de seus surgimentos e continuam, cada um a sua maneira, produzindo efeitos no que atualmente se denomina Direito Empresarial.

Da mesma forma como foram marcantes as diferenças na racionalidade e no modo de formação, os aspectos de proximidade entre o surgimento do Direito Comercial e sua Codificação também são perceptíveis, já que buscaram: (i) particularizar o Direito Comercial em relação aos demais ramos do Direito e (ii) manter/estabelecer um ambiente de segurança jurídica, que propiciasse aos comerciantes o bom desenvolvimento de suas atividades.

Serão analisados nos tópicos a seguir alguns aspectos relevantes na formação do Direito Comercial Codificado, em especial suas pretensões e potenciais efeitos que traria uma

nova codificação em matéria comercial no Brasil.

3- CODIFICAÇÃO, ASPECTO CULTURAL, EMPRESARI- IDADE E CASUÍSMO – O DIREITO COMERCIAL NÃO TEM RECEITA PRONTA.

Do nascimento do Código Comercial Francês de 1807 ao atual contexto político- jurídico, codificar ou não é um tema recorrente na doutrina comercialista, sendo alvo de frequentes discussões acadêmicas.

No Brasil, o tema codificar ou não voltou ao centro dos debates no Direito Comercial em virtude da propositura do Projeto de Lei 1572/2011 (“Novo Código Comercial”), idealizado por Fabio Ulhoa Coelho e apresentado na Câmara pelo Deputado Vicente Cândido (PT). Nos Direitos Processual Civil, Penal, Processual Penal e do Consumidor também se discute a respeito de uma recodificação, mais de dois séculos após a iniciativa francesa.

Para fins do presente estudo, nos restringiremos a abordar a codificação no Direito Comercial. Para isso se adota o conceito de codificação de Bruno Oppetit, para quem ela se trata da “filosofia do querer criativo e do plano refletido se substituindo à filosofia da evolução por modificações parciais e sucessivas”⁵.

No plano teórico, codificação e Direito Comercial são concepções que possuem pontos de convergência e fatores de distanciamento. Se por um lado, de acordo com os defensores do movimento codificador, um código traz consigo uniformidade, simplificação por meio da concentração de leis em um único diploma e segurança ao ordenamento jurídico, por outro lado, segundo seus opositores, a dinamicidade e o cosmopolitismo característicos do Direito Comercial dificultam a concre-

⁵ OPPETIT, Bruno. *Essai sur la codification*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 22.

tização e a consagração dos fins de um Código Comercial.

Ao se proceder à análise da primeira experiência codificadora, no século XIX, na França, se verifica que o legislador buscou elaborar um sistema comercial autônomo, capaz de fornecer todas as respostas às necessidades da prática da mercancia. Esta concepção era totalmente coerente com a ideia de racionalidade absoluta do sujeito, característica marcante da perspectiva moderna.

Os modernos pretenderam elaborar uma ordem jurídica comercial intimista, completa, voltada para ela mesma, como um sistema fechado formado por axiomas logicamente concatenados. Acreditava-se que era possível criar um ordenamento jurídico em que seria o bastante racionalizar dentro do próprio sistema para se chegar a todas as respostas necessárias.

A partir destes pressupostos, a ideia de um código como um corpo de normas completo, fechado e dotado de autossuficiência era muito razoável, sendo a base da Ciência do Direito Comercial durante muito tempo.

Todavia, a despeito dos inegáveis avanços propiciados por esse apogeu do racionalismo do direito, as pretensões de completude e isolamento se demonstraram falhas e distantes da realidade fática. Um exemplo disso foi o próprio fracasso da referida Teoria dos Atos de Comércio, já que logo percebeu-se que o legislador não havia conseguido discriminar todos os atos de mercancia, falhando assim com seu propósito de completude sistêmica.

Em toda a experiência codificadora, os códigos falharam em abarcar a realidade de maneira completa, absoluta e coerente como pretendiam. A racionalidade limitada do sujeito e a impossibilidade de tornar estática e objetiva uma realidade dinâmica e mutante como a mercantil impediram que os códigos atingissem seus objetivos. Nesta esteira, aos poucos a doutrina foi adotando o posicionamento de superar o mito da racionalidade plena do sujeito e observar as dificuldades e problemas

advindos de uma codificação.

Nada obstante, as iniciativas codificadoras continuaram existindo no Direito Comercial. Contudo, tendo em vista as experiências pretéritas, os idealizadores de novos códigos se apressam em dizer que um código na atualidade não apresentaria os mesmos objetivos dos buscados na modernidade, reconhecendo-se a incapacidade de sistematizar a ordem jurídica nos moldes pretendidos pelos modernos.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 continua vigente, mas apenas em parcela reduzida de seu conteúdo, tendo sido alvo de constantes modificações e complementações por intermédio de leis especiais, até a sua praticamente completa revogação com a entrada em vigor do Livro do Direito de Empresa do Código Civil de 2002.

Em junho de 2011 foi apresentado o Projeto de Novo Código Comercial Brasileiro, introduzindo como uma de suas ideias centrais (expressamente declarada por seu idealizador) a de recuperar um sentido sistêmico e autônomo para o Direito Comercial, o que, em sua visão, estaria comprometido por uma aplicação exagerada e injustificada de preceitos alheios (de outras lógicas jurídicas como a civilista, consumerista e até mesmo a trabalhista) no Direito Comercial.

Indubitavelmente, trata-se de uma queixa justa e atual. A lógica comercial não pode ser indiscriminadamente substituída por outras, sob pena de se interpretar aspectos e elementos ínsitos ao comércio de maneira flagrantemente equivocada. Exemplo frequente desse equívoco é a interpretação do fator risco, característica inafastável da prática comercial, mas que, algumas vezes, acaba completamente desconsiderado por operadores do direito, a partir de uma análise que se afasta dos preceitos básicos e fundamentais do Direito Comercial.

Entretanto, parte significativa da doutrina questiona se codificar é a solução para esse e tantos outros problemas que afligem o Direito Comercial. Com efeito, a elaboração de um

corpo normativo autônomo que venha a substituir o Livro do Direito de Empresa do Código Civil de 2002 e modificar tantos outros diplomas que disciplinam as matérias empresariais parece ter óbices que precisam ser, ao menos, reavaliados. Listaremos quatro destes problemas, a título meramente introdutório, para depois nos debruçarmos pormenorizadamente sobre outro e suas consequências, nos itens seguintes.

O primeiro dos óbices é em relação à substituição de parte de um diploma normativo complexo e especialmente novo como é o Código Civil de 2002. Teriam os operadores do Direito explorado todas as potencialidades do Livro do Direito de Empresa em apenas dez anos de vigência? Da mesma forma, a unificação do Direitos das Obrigações já teria sido suficientemente investigada? Há quem defenda que não e que uma substituição normativa seria prematura. Argumento favorável a esta crítica é o fato de mesmo os comercialistas mais insignes se depararem com “novidades” até hoje no teor da Lei 6404, que é de 1976. Portanto, seria este um aspecto que, no mínimo, mereceria maior reflexão.

O segundo óbice é o perigo de mudar, ainda que reflexivamente, dispositivos da supracitada Lei das Sociedades Anônimas. Como é cediço, o Brasil demorou muitas décadas para ter um ambiente de confiança no setor econômico e parcela importante disto é decorrente da estabilidade normativa no que se refere ao mercado de capitais. Ainda que marginais, mudanças na Lei 6404/76 poderiam acabar originando impacto negativo e desestabilizador no mercado financeiro, o que – certamente – não precisaria ser gerado. O idealizador do Projeto do Novo Código Comercial afirma que a Lei 6404/76 não sofrerá alterações significativas, contudo, deve-se observar que atentando à experiência legislativa brasileira, em mais de uma vez, pequenas mudanças geraram grandes reflexos nas instituições, seja por brechas interpretativas, seja por infelizes alterações de projetos nas casas legislativas.

O terceiro óbice é relativo à própria pretensão de refundação da análise do Direito Comercial por intermédio de uma codificação. Seria a criação de um novo sistema normativo a solução para o desconhecimento do Direito Comercial por parte dos operadores? De início, não nos parece, já que a criação de um código essencialmente principiológico não garantirá a aplicação de tais princípios na análise judicial em detrimento de outros princípios que, ainda que nem sempre harmônicos à matéria, já estão consagrados no ordenamento jurídico e não serão simplesmente substituídos pelos novos.

Talvez, uma melhor maneira de conscientizar os operadores do direito acerca da racionalidade própria do Direito Comercial fosse por meio da concentração de esforços doutrinário no sentido de se (re)demonstrar a autonomia deste ramo do direito e a imprescindibilidade da análise dos efeitos econômicos e sociais que uma decisão que desconsidere fundamentos básicos do Direito Comercial possa causar. A separação normativa não conseguirá, sozinha, alcançar estes escopos.

O quarto óbice é relativo à pretendida simplificação que um Código Comercial traria consigo, acreditando que haveria uma diminuição de leis especiais a reger a matéria comercial. A História demonstra que os Códigos não são capazes de diminuir a quantidade de leis especiais a reger as matérias, seja em virtude (i) das constantes modificações oriundas dos usos e costumes no Direito Comercial, seja pela forte tendência atual de (ii) internacionalização das práticas mercantis, com cada vez menos margem para complexos sistêmicos internos autônomos. Neste sentido, há muitos que defendem que ao invés de legislar mais, estaríamos em um período em que se deva legislar menos.

As tentativas de codificação do Direito Comercial remontam a fatores de ordem social, política e econômica. As iniciativas de consagrar um sistema normativo próprio para as maté-

rias atinentes ao comércio refletiram, ao longo do tempo, as mudanças na atividade comercial e também na sociedade como um todo. É certo que o Brasil passa por um momento particular de mudanças na economia e que, por vezes, o atual sistema disperso de normas comerciais possa dificultar o acesso a elas. Entretanto, a entrada em vigor de um novo Código Comercial não representa uma simples consolidação, desejada por muitos, e também não acarretará automaticamente na diminuição do volume de novas leis especiais, devendo – por isso – ser alvo de uma maior e mais ampla discussão.

4- O PROCESSO EMPRESARIAL COMO EXEMPLO DA INOCUIDADE DE UM ENCERRAMENTO NORMATIVO-CONCEITUAL

Deste modo, entende-se que a existência de uma codificação autônoma para a matéria empresarial é menos contributiva para o desenvolvimento da disciplina do que os seus defensores parecem crer. Os possíveis ganhos a serem apresentados com esta nova roupagem, de ordem essencialmente ideológica e cultural, passam mais pelo reforço do caráter prático do Direito Empresarial do que por sua autonomia normativa. Em outros termos, é mais recomendado proceder a uma aproximação do tema com a realidade material do que procurar isolá-lo no ordenamento positivo, pois defender uma mentalidade empresarial não se subsume ao texto normativo ou o possui como marco central. É preciso que a preocupação ocorra desde o espaço acadêmico até, especialmente, a prática forense – viabilizando um Direito de Empresa que sirva à sociedade sem inviabilizar seus progressos e avanços.

Neste tópico, é relevante destacar, por exemplo, que em pesquisa sintetizada por Maria Tereza Sadek expressiva maioria de nossos magistrados declarou que, ao apreciar um litígio, não oferece aos seus impactos econômicos relevância análoga

àquela destinada aos preceitos legais ⁶. Considerando que a maior escala destes julgadores ingressou na carreira em momento anterior à promulgação de nosso atual Código Civil, percebe-se que o fato de subjuílgarem um dado tão importante quanto a economia ao exercerem a jurisdição não decorre de uma ausência de dispersão normativa.

O gancho acima é indicativo de um dado revelador da insuficiência denunciada nos itens anteriores, pois a ausência de respostas precisas que uma eventual codificação autônoma do Direito Empresarial traria à disciplina é patente quando observamos sua feição litigiosa, seja junto ao Poder Judiciário (caminho de resolução de litígios tradicional), seja mediante o manejo dos chamados Meios Alternativos de Resolução de Litígios. Estes olhares para o processo são importantes porque expressam, de um lado, que a preocupação com a normatização do Direito de Empresa possui um paralelo correspondente com a disciplina processual, e, de outro, que também por ali é corroborado que o caminho não parece passar apenas pela norma, mas pelo rompimento com dogmas em favor de uma perspectiva prática e aderente à realidade.

Em relação ao primeiro dos itens, foi dito que o movimento de (re)codificação não vem incidindo somente sobre a área empresarial, representando tônica de diversos espaços do cenário jurídico brasileiro contemporâneo. Na área penal, por exemplo, tanto o direito material quanto o processo veem projetos de novas codificações em trâmite pelas Casas Legislativas. No Direito Processual Civil, instrumento por excelência à atuação da matéria empresarial, a situação não é diversa: tenta-se alterar os rumos do Judiciário com um novo Código cujo anteprojeto explicitamente elege o “combate à morosidade” como panacea ⁷.

⁶ SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.47-49.

⁷ Conforme matéria veiculada pelo sítio eletrônico do Senado Federal, em entrevista concedida o então “Coordenador da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto

Contudo, as mesmas críticas que foram realizadas à limitação funcional de um novo Código Comercial se aplicam a matéria processual, pois também no processo a possível codificação não parece dar conta dos problemas em que o tema está envolto. Este paralelo é essencial, tendo em conta que o direito empresarial é um dos ramos para os quais, na clássica acepção de Piero Calamandrei, o processo se impõe como “instrumento necessário”⁸. Se a litigiosidade é latente nas relações empresariais e a vedação da autotutela toca a disciplina, a relação processual será *precedente e condicionante* à apreciação do problema material pelo Poder Judiciário. O Direito de Empresa, por si só, é incapaz de resolver os conflitos que se instaurem nas relações situadas sob sua égide, necessitando por vezes do processo (ou, ao menos, de algum de seus meios substitutivos) para ter concretização.

Mais um item relacionado aos equívocos trazidos pela clausura de uma nova codificação é com isso revelado, pois mesmo quando ambas as disciplinas se encontram em momento de debate similar não parece haver a necessária *conexão* entre instrumento e matéria. O diálogo é insuficiente e faz com que o possível ganho ideológico trazido por uma nova codificação empresarial não surta efeitos em sua aplicação jurisdicional. De fato, a nova codificação do Direito Comercial não dá conta de descrever de maneira específica as peculiaridades procedimentais necessárias à sua processualística, ao passo que o Código de Processo Civil segue tratando indiscriminadamente as relações empresariais, civis ou (mesmo) de Direito Público sujeitas à sua aplicação ordinária. Pelas duas bandas, o Direito

do novo Código de Processo Civil (CPC)” e “ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (...) que o alvo mirado foi a “tormentosa” morosidade da justiça brasileira.” Cita-se, BRANDÃO, Gorette (Agência Senado). *Reforma do CPC mirou lentidão da Justiça, diz Fux*. Disponível eletronicamente em <<http://www.senado.gov.br/noticias/reforma-do-cpc-mirou-lentidao-da-justica-diz-fux.aspx>>. Acesso em 02 de junho de 2012.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol.1. Buenos Aires: El Foro, 1996.p.348.

se afasta da realidade e o Estado deixa de ser efetivamente tributativo ao desenvolvimento.

Um exemplo contrário deste panorama pôde ser visto por ocasião da Lei de Recuperações e Falências, que – ciente da impossibilidade do processo ordinário dar conta satisfatoriamente de suas exigências – optou por instituir um regime verdadeiramente processual em inúmeros de seus aspectos, fazendo inclusive com que alguns cheguem a caracterizá-la como verdadeira lei processual. Sem adentrar neste debate, o que se pode ver é que o diploma legal realmente detalha o rito procedimental que deve levar as empresas em dificuldade, em uma porta, ao estado jurídico falimentar, ou, em outra, ao regime de recuperação. Neste regime, há dados, como a questionável convoção da recuperação judicial em falência, que inclusive desafiariam a lógica do Direito Processual Civil, mas que por opção típica do pensamento empresarial possuíram amparo legal e consequente aplicação na jurisprudência. Sobre este item específico, a conclusão pode ser vista pelo seguinte esquema:

- a) O processo civil romano-germânico tem como traço marcante o denominado “princípio da demanda”, consistente – em sua forma mínima – no postulado de que sentença e pedido devem guardar relação de congruência. É este postulado que gera alguns dos brocardos latinos que, por mais que mais afeitos ao tecnicismo do que à prática, seguem sendo utilizados por nosso operador do Direito;
- b) Como demonstra de maneira irreparável Sérgio Cruz Arenhart, este princípio vem sofrendo alterações e mitigações com o curso do tempo, sempre pautadas pela *instrumentalidade* do processo e voltadas a impedir que se torne um elemento *impeditivo* da aplicação do direito material⁹;

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX,

- c) Precisamente por isso, estas mitigações são ditadas pelo Direito Material e pelas suas peculiaridades. Com isso, se é possível que a recuperação judicial seja convolada em falência sem qualquer pedido neste sentido (gerando uma mutação procedimental *sui generis*) é porque o entendimento do legislador foi que esta solução, por mais que possivelmente conflitante com a axiologia que teoricamente norteia a Lei nº11.101/2005, seria a melhor à luz do Direito Empresarial e de seus objetivos.

A opção, de fato, traz de volta uma solução de mercado teoricamente contrária à lógica de preservação de empresa que dá cerne ao atual regime falimentar. De todo modo, sem qualquer defesa de sua correção, o que se deve notar é que se trata de uma ferramenta processual moldada de acordo com uma lógica empresarial. A comunicação recíproca entre processo e direito empresarial foi observada, fazendo com que o instrumento, quaisquer que sejam os fins da convocação, harmonizasse-se à matéria comercial de uma maneira pontual que passa à margem das previsões tanto de um novo Código Comercial quanto do Anteprojeto de um Código de Processo Civil.

O “dado ideológico” que possivelmente embasaria o destaque isolado de um Código Comercial possuiria repercussão na face litigiosa da matéria? Há, em seu projeto, preocupação suficiente com a oferta de instrumentais processuais para que o processo *ordinário* seja flexibilizado e de conta destas propagadas peculiaridades? Ou, pelo contrário, o isolamento normativo não contribui para que seu possível caráter ideológico deixe de ser internalizado pela estrutura do processo? Com esses questionamentos e com as constatações anteriores, entende-se que talvez o mais adequado seja que haja menos preocupações com normas e maiores observações à sua atuação prática e aos

seus impactos – levando a cabo vetores culturais cujas transformações não se darão mediante o manejo exclusivo de aspectos normativos.

5- UM CASO PONTUAL: COISA JULGADA SOCIETÁRIA E ESTABILIDADE DE QUESTÕES

Para demonstração do que se expõe e da inocuidade do isolamento normativo para dar conta da grandeza da matéria empresarial e de suas peculiaridades, lança-se uma situação litigiosa piloto em que a ausência de harmonização entre Direito de Empresa e processo, além de nossa tradição formalista e conceitualista, conduzem a respostas *contraproducentes* para a prática empresária: as questões sócio/empresa e a estabilização judicial de decisões. Um caso exemplificativo desta situação, adotado para o presente ensaio, é o da anulação judicial de assembleias.

Primeiramente, tendo em vista que um dos aspectos indicados como favoráveis à ideia de um novo Código é a possível carga ideológica que traria consigo, evitando que características íntimas ao Direito Empresarial se perdessem, é válido destacar que o *status* de sócio fatalmente se situa entre estas peculiaridades. Este estado é peculiar em sua própria natureza, não representando (apenas) uma relação de direito, dever ou sujeição. Os conceitos clássicos de teoria geral não bastam, demonstrando, novamente, que o dinamismo da disciplina traz mutações que não se harmonizam à sua possível clausura positiva.

Com esta ressalva, e retornando ao exemplo piloto, suponhamos que em uma sociedade empresária X seja realizada uma assembleia que posteriormente se revele desfavorável aos interesses do sócio Y. Averiguando a situação, porém, Y observa um possível caráter fraudulento na deliberação, o que o leva a ingressar com uma demanda judicial requerendo a decla-

ração de nulidade do ato, obtendo êxito em seu pleito. Neste caso, qual a situação dos demais sócios da empresa X em relação ao litígio? Eles estariam sujeitos à imutabilidade da decisão que fosse ali proferida?

A questão é aparentemente simples, mas seus desdobramentos demonstram a ineficiência de uma estrutura clássica em que a comunicação entre processo e Direito Empresarial não seja constante e considere a mutabilidade do cenário econômico (revelando, em última instância, que um novo Código não será capaz de oferecer plenamente a guinada ideológica a que se propõe). Isto porque lançando mão da segmentação clássica do direito processual civil entre partes, terceiros não-interessados e terceiros juridicamente interessados, explicitada por Liebman¹⁰, vê-se que os sócios que não participaram do litígio não possuiriam a qualidade de parte – gerando um quadro que, a partir desatento à realidade e às suas necessidades, é de clara insuficiência.

De fato, os demais sócios, não sendo partes, não estariam sujeitos à imutabilidade dos efeitos declaratórios da decisão proferida no litígio proposto por Y, nos termos da previsão do art. 472 de nosso Código de Processo Civil¹¹ forjado no reconhecimento de que somente a elas foi oportunizada a possibilidade de debater o mérito litigioso em juízo. Com isto, naturalmente, haveria um grave problema: a validade da assembleia realizada pela sociedade empresária X poderia ser novamente debatida por cada um de seus sócios, em um regime no qual, de maneira torta às finalidades políticas da coisa julgada e à calculabilidade necessária à prática empresarial, ou seria necessário cogitar a possibilidade (absurda) da deliberação ser válida para

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

¹¹ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

alguns sócios, mas inválida para alguns, ou, aparentemente, apenas a última das decisões usufruiria de verdadeira imutabilidade.

Neste ponto, em uma solução prática, poder-se-ia sugerir que para evitar o imbróglgio seria possível que Y, já no primeiro litígio, procedesse à inclusão dos demais sócios no polo passivo da demanda, para com isso tentar lhes conferir o posto de partes e sujeitá-los à imutabilidade da questão. Analisando o problema, foi esta a solução proposta por Egas Moniz de Aragão¹². Contudo, muitas de nossas sociedades possuem quadros sociais numerosos o bastante para tornar esta solução proceduralmente inviável. O próprio Moniz de Aragão reconhece esta dificuldade, mas propõe a citação dos sócios por edital, o que, porém, não nos parece a melhor alternativa. É que a citação por edital não nos parece se prestar para este fim¹³ e, ainda, também no regime litisconsorcial de nosso direito processual não há mecanismos de compatibilização com as possíveis peculiaridades do Direito Empresarial¹⁴.

O exemplo apresentado não possui respostas prontas no ordenamento brasileiro, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na Itália – em que há dispositivo específico para reger a situação¹⁵. Nos moldes propostos e no isolamento que parece estar em sua base, porém, acreditamos que o regramento específico sequer constituiria a melhor solução, notadamente pelo crescimento de complexidade das demandas reais ser constan-

¹² ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p.302-304

¹³ De fato, a ficção da citação por edital está diretamente relacionada à impossibilidade de ultimar concretamente os atos citatórios. Em uma situação como a aqui apresentada, com litigantes detentores de domicílio não apenas certo (mas de fácil conhecimento), assim, parece-nos haver uma distorção de suas finalidades.

¹⁴ Vale ressaltar que, à luz do nosso ordenamento normativo, há possibilidade de desmembramento do “litisconsórcio multitudinário”, o que, contudo – ao permitir uma nova dispersão de interesses afins – cria risco de decisões divergentes com o qual a estruturação societária não pode conviver.

¹⁵ Com efeito, mantendo sua tradição jurídica continental, o legislador italiano conferiu tratamento geral para o problema no art. 2377, c. 3, do Código Civil.

te. Pelo contrário, é este tipo de evento que faz com que seja recomendado que nosso jurista se inspire em uma visão menos *conceitualista* e mais *pragmática*, devendo com isso se preocupar *menos* com a norma e mais com a análise casuística e com os impactos e efeitos da decisão. É preciso reforçar a autonomia da disciplina e a relevância de aportes como a economia em seu teor, o que não parece passar por um novo Código. Esta nova leitura, inclusive, recomendaria que na segmentação de Mirjān Damaska migrássemos parcialmente (no que toca às balizas de decisão) de uma visão hierarquizada para um sentido cooperado, o que não se dá com *stands* normativos, mas com a aproximação entre o Direito e a grandeza da realidade, subordinando a jurisdição às peculiaridades do caso e da matéria ¹⁶.

Com esta guinada, torna-se possível observar que as soluções para o tema passam por uma flexibilização de dogmas processuais, relacionados à coisa julgada e à representação judicial, pautada pelas peculiaridades do Direito Empresarial e da realidade societária – ou seja, por uma reaproximação casuística e supranormativa dos tópicos, condicionada menos pela existência de uma autonomia normativa do que pela aproximação entre os institutos. De fato, a mesma essência processual serve hoje indiscriminadamente para tutelar demandas entre Companhias ou problemas entre vizinhos, pressupondo uma modificação que depende menos de normas do que de um trabalho cultural reforçado e do papel que a academia deve assumir nesta jornada.

Sob esta perspectiva é que entendemos que as possíveis respostas passariam pelo reconhecimento das especificidades da relação entre sócios e do *status* por eles ocupado diante da sociedade, culminando com a compreensão de que a solução a ser adotada deve ser coletiva – cabendo ao processo, em franco diálogo com o Direito Empresarial e ciente dos efeitos da deci-

¹⁶ DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

são, moldar-se a essa demanda. O vetor cultural e o reforço da autonomia didática seriam mais relevantes que a potencial autonomia normativa e a ela não se limitariam, tendo em conta que é difícil imaginar que a questão se encerre normativamente e prescindida da valoração casuística do caso.

É neste caminho que seria possível cogitar como exemplo de resposta ao problema da coisa julgada societária o uso do *collateral estoppel* e sua possível extensão a sujeitos não atuantes no litígio, vedando que questões já apresentadas judicialmente sejam deduzidas em demandas futuras. Por mais que essa dilatação subjetiva a terceiros seja questionada mesmo no direito norte-americano, entendemos que uma aproximação entre o processo e o Direito Empresarial (viabilizado pelo reforço das peculiaridades da realidade empresária) faz com que a técnica preclusiva geral não parece distante¹⁷. Esta aproximação, no menor dos casos, faria com que se notasse que o caso em juízo demanda um reforço do caráter vinculante dos precedentes, de modo que mesmo que os demais sócios de X não fossem atingidos pela coisa julgada (podendo impugnar judicialmente os deslindes da primeira decisão) o princípio da igualdade imporia que a mesma resposta lhes fosse dada, evitando os riscos de decisões conflitantes sobre o tema.

Ao lado desta alternativa, entretanto, coloca-se a resposta que talvez seja a mais adequada para o problema: a da coletivização de interesses, espelhada no regime da *class action* norte-americana¹⁸. Neste caso, por se entender que as peculiaridades do litígio e da relação societária demandam que a questão seja estabilizada e inviabilizam que haja decisões divergentes, o

¹⁷ Com efeito, ver sobre o tema RATLIFF, Jack. *Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect*. In. *Texas Law Review*. v.67. Austin: Texas Law Review, 1988. Também, genericamente, MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure*. 4 ed. Saint Paul: Thomson West, 2008.

¹⁸ Veja-se, aqui, a *Rule 23* que regulamenta a *class action*, identificando que a impossibilidade de decisões divergentes consubstancia uma das razões capazes de ensejar seu uso sob moldes compulsórios (isto é, sem via de autoexclusão).

primeiro sócio a ingressar em juízo deveria ser concebido como um representante do próprio interesse relacionado à anulação da assembleia, fazendo com que o controle da adequação desta representação se transformasse em atividade constante do magistrado e que, findado o litígio, a questão fosse pacificada de maneira uniforme para todos os sócios. A ausência de amparo lógico para a existência de decisões conflitantes, consequência da natureza da relação entre os sócios e entre eles e a empresa, exigiria um tratamento com esta moldura – em constatação que apenas uma visão aderente à realidade pode trazer.

6- CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Em apertada síntese, o que se pretendeu com o artigo foi demonstrar que superar a ausência de respostas atualmente vigente no sistema brasileiro, realmente, passa pelo reconhecimento das peculiaridades inerentes à atuação empresarial, mas que esta mudança cultural não possui como pedra de toque a autonomia normativa. Pelo contrário, apartar o Direito Empresarial de demais ramos do Direito, como o processo, pode contribuir para que sua aplicação não alcance a maior eficiência, pois as normas não dão conta da realidade e não asseguram que dados como os impactos da decisão sejam de fato observados. O encerramento normativo é um dogma antigo, e possivelmente um dogma indesejado.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955.
- BRANDÃO, Gorette (Agência Senado). *Reforma do CPC mirou lentidão da Justiça, diz Fux*. Disponível eletronicamente em < <http://www.senado.gov.br/noticias/reformado-cpc-mirou-lentidao-da-justica-diz-fux.aspx>>. Acesso em 02 de junho de 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol.1. Buenos Aires: El Foro, 1996
- DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure*. 4 ed. Saint Paul: Thomson West, 2008.
- OPPETIT, Bruno. *Essai sur la codification*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.
- RATLIFF, Jack. Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect. In. *Texas Law Review*. v.67. Austin: Texas Law Review, 1988,
- SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.