

# Homenagens

## A INFLUÊNCIA DA FACULDADE DE DIREITO DA USP NA ELABORAÇÃO DO LIVRO II DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002\*

RICARDO OLIVERA GARCÍA

*1. Introdução. 2. El Libro II de la Parte Especial del Código Civil de 2002 (“Do Direito de Empresa”) representa la más importante reforma del derecho comercial brasileño a partir del Código de 1850: 2.1 Unificación en materia obligacional – 2.2 El derecho de la empresa en el Libro II. 3. La influencia de la Facultad de Derecho de la USP en el Libro II. 4. ¿Existe una Escuela de Derecho de la USP?.*

### 1. Introdução

É para nós motivo de imerecida honra e de enorme satisfação ter a oportunidade de participar das celebrações que a Faculdade de Direito da USP faz para comemorar os 190 anos da sua fundação.

Gostaria de agradecer ao Departamento de Direito Comercial da USP pelo convite para participar neste evento e me reunir às celebrações dos meus colegas das cadeiras de Direito Comercial e assim comemorar esta importante data.

Também me gratifica ter a honra de compartilhar este painel com os prestigiados colegas brasileiros, com quem estamos refletindo sobre diferentes aspectos desta rica história da Escola de Direito Comercial da USP.

Uruguaios e brasileiros compartilhamos momentos muito importantes das nossas

histórias. Basta lembrar que o atual território do Uruguai foi a Província Cisplatina, em primeiro lugar do Reino de Portugal e depois do Império do Brasil; que o Estado Uruguaio foi criado na Convenção do Rio de Janeiro de 1828; e que Irineu Evangelista de Sousa (Barão de Mauá) foi o personagem mais importante na história econômica do Uruguai da segunda metade do século XIX.

Apesar de que fomos conquistados por diferentes potências europeias e que falamos línguas diferentes – embora ambas ibero-românicas bem compreensíveis entre nós –, nossa história e nosso presente cruzaram-se e continuam a se cruzar em diferentes projetos políticos e econômicos conjuntos, dos quais o mais recente e importante é o MERCOSUL, com suas luzes e suas sombras. Isto determina que, para o Uruguai, a realidade política, econômica e cultural brasileira seja sempre uma referência necessária.

Além disso, a legislação uruguaia recebeu influências muito importantes do Código Comercial de 1850, do *Esboço* de Freitas e da Lei de Sociedades por Ações de 1976, entre outras disposições importantes da legislação

\*Palestra proferida em 15.8.2017 no Congresso Internacional de Direito organizado pela Faculdade de Direito Largo de S. Francisco no evento comemorativo dos 190 anos de sua fundação.

brasileira. Autores da estatura acadêmica de Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Sylvio Marcondes ou Fábio Konder Comparato e, mais recentemente, Calixto Salomão Filho, Paula Forgioni, Newton De Lucca ou Erasmo Valladão França têm sido e continuam sendo referências necessárias da doutrina comercialista uruguaia.

Por estas razões e pelo carinho sempre recebido dos colegas paulistanos é que os uruguaiois em São Paulo e na USP nos sentimos em nossa própria casa.

O tema atribuído para minha palestra, e que ousadamente – e talvez de forma irresponsável – aceitei, é “A Influência da Faculdade de Direito da USP na Elaboração do Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002”. Esta participação transcendente da Faculdade de Direito da USP forma parte da melhor história do direito comercial brasileiro.

Quero pedir desculpas a todos os Srs., mas, infelizmente, devo abandonar a língua de Camões para continuar com a língua de Cervantes. Prefiro que os conceitos que vou introduzir sejam expressos na minha língua materna a que sejam transmitidos no Português que estou aprendendo. Assim, terei a capacidade de ser mais preciso em minhas declarações e comentários.

**2. *El Libro II de la Parte Especial del Código Civil de 2002***  
***(“Do Direito de Empresa”)***  
***representa la más importante reforma del derecho comercial brasileño a partir del Código de 1850***

El Código Civil de 2002 (Ley 10.406, de 10.1.2002) representó la más importante modificación introducida a la legislación comercial brasileña desde la aprobación del propio Código de Comercio de 1850.

Desde la perspectiva del derecho comercial, dos son los temas centrales que corresponde destacar en su contenido: (a) la

unificación en materia obligacional; y (b) la inclusión en la Parte Especial del régimen aplicable al derecho de la empresa.

**2.1 *Unificación en materia obligacional***

Con clara y explícita influencia del Código Civil italiano de 1942, el Código Civil de 2002 dispone la unificación de todo el derecho privado en materia de obligaciones.

Esta idea de la unificación del derecho de las obligaciones y contratos privados no es novedosa en el Derecho Brasileño, sino que ya el Código de Comercio de 1850 preveía la aplicación a los contratos comerciales de las disposiciones de derecho civil (art. 121) – aun cuando el Código Civil (obra de Clóvis Beviláqua) recién se aprobara en 1916. Por su parte, en el *Esboço de Código Civil*, el propio Teixeira de Freitas ya proponía la unificación del derecho privado de las obligaciones.

Pero, a diferencia del propio Código italiano o del Código Civil paraguay de 1985, redactado por Luis De Gásperi – también unificador y de influencia italiana –, el Código brasileño no propone una unificación de todo el derecho privado, sino apenas del derecho en materia de obligaciones.

Como afirmada el profesor Miguel Reale,<sup>1</sup> pretende establecer una “lei básica, mas não global, do direito privado”, sin distinguir entre obligaciones civiles y comerciales. Esta técnica legislativa permite la creación o el mantenimiento de microsistemas normativos: sociedades anónimas, derecho concursal (falencias), letras de cambio, derecho de la competencia (antitrust), derecho del consumo.

Sostenía Sylvio Marcondes en 1964, en la “Exposición de Motivos” del *Ante-*

1. Miguel Reale, *O Projeto de Código Civil. Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*, São Paulo, 1986, pp. 71 y ss.

*projeto de Código de Obrigações*,<sup>2</sup> que ningún Código moderno que abarque la disciplina de los sectores más fluidos del ordenamiento económico puede pretender sustituirse a la legislación especial. La obra de codificación moderna debe proponerse, ante todo, establecer las líneas-maestras de los institutos, mediante un cierto número de normas generales más estables (“duráveis”), dejando a la legislación especial la adaptación de aquellas normas a las circunstancias contingentes.

La misma línea legislativa es la seguida por el reciente Código Civil y Comercial argentino de 2014, el cual unifica igualmente la legislación en materia de obligaciones y contratos, dejando al margen del Código los microsistemas formados por las sociedades comerciales, las quiebras y concursos, los seguros y las letras de cambio, entre otras normas.

Este modelo brasileño, que combina la unificación del derecho de las obligaciones privadas con la decodificación de la legislación especial, es sumamente valioso en momentos en los cuales en América Latina y también en Europa se mantiene abierta la polémica sobre la codificación del derecho privado, y sobre el mantenimiento de Códigos separados para la legislación civil y comercial.

Al respecto, debe tenerse presente – a vía de ejemplo –, la ordenanza francesa del 2000 estableció un régimen de recodificación sistemática, en el *Code de Commerce*, de la legislación especial en materia comercial, incluida la legislación societaria contenida en la ley de 1966. En la misma línea, el Ministerio de Justicia español encomendó en el año 2006 a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

## 2.2 El derecho de la empresa en el Libro II

Pero el tema de nuestra conferencia no es la unificación del derecho de las obligaciones, sino la normativa del Libro II de la Parte Especial del Código Civil, titulado “Do Direito de Empresa”. Este libro produjo, en su día, el cambio revolucionario de modificar – luego de más de 150 años – el paradigma esencial de la materia comercial, establecido hasta entonces por el Código de Comercio de 1850.

El Código de Comercio de 1850 no definió la materia comercial a partir del concepto de acto de comercio, tal como lo hacían el Código de Comercio francés de 1807 y sus primeros comentaristas (Pardessus, Delamarre y Le Poitvin), así como gran parte de la legislación decimonónica europea y americana inspirada en esta norma. El centro de su regulación fue la figura del comerciante.

Por influencia del Código portugués de 1833, habla de “mercancía” (art. 4º). El Decreto 737, también de 1850, define el concepto de mercancía, a los efectos de fijar la competencia de los tribunales especiales en materia comercial.

Sin perjuicio de esto, el célebre tratadista Carvalho de Mendonça, en su *Tratado de Direito Commercial Brasileiro* (1910), utiliza el concepto de acto de comercio para definir la materia comercial, incluyendo entre los mismos a las empresas de fábricas, comisiones y depósitos. Puede entenderse que – siguiendo la doctrina dominante a nivel internacional – se afilia a una concepción objetiva en la definición de la materia comercial.

Como expresa Sylvio Marcondes,<sup>3</sup> el desarrollo del concepto de empresa en el Derecho Brasileño debe atribuirse a Waldemar Ferreira, que, en la 2ª edición de su *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro* (1948) y,

2. Sylvio Marcondes, *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, 1970, pp. 129 y ss.

3. Idem, pp. 35 y ss.

posteriormente, en sus *Instituições de Direito Comercial*, desarrolla los conceptos de empresa, establecimiento y empresario, describiendo su relación con la figura de los círculos concéntricos y planteando que existe espacio para hablar de un derecho nuevo: “o direito da empresa”.

El pensamiento de Waldemar Ferreira implica una evolución del pensamiento de Asquini (de importante participación en la redacción del Libro V, “Del Lavoro”, del Código italiano), autor de la atractiva teoría de los cuatro perfiles jurídicos del concepto económico de empresa – subjetivo, funcional, patrimonial e institucional –, que tanta influencia tuvo en la doctrina.

A partir del concepto de empresa y de “derecho de la empresa” es que el Código Civil brasileño estructura todo el Libro II, dividiéndolo en cuatro títulos diferentes: (a) del empresario; (b) de las sociedades; (c) del establecimiento; y (d) de los institutos complementarios: registro, nombre empresarial, prepostos y contabilidad.

El concepto de empresa permite superar el concepto de comerciante y extender los límites de la regulación a los *empresarios* que no realizan una actividad de intermediación en el mercado, permitiendo incluir otras actividades, como la del empresario rural, tradicionalmente excluida del ámbito de la regulación comercial.

También permitió una regulación más amplia de las *sociedades*, incluyendo tanto las anteriores sociedades comerciales como a las civiles, sean estas sociedades personificadas o no personificadas, estableciendo una tipología abierta que incluye tanto a la “sociedade em comum” (no personificada) como a la “sociedades simples” (personificada), siguiendo en esto el antecedente del Código italiano.

Finalmente, ha permitido la regulación del *establecimiento*, armonizando su regulación con la del empresario.

La idea de reunir en un mismo texto normativo y bajo una misma unidad

regulatoria todos los temas referidos a la empresa otorga al Código Civil brasileño características muy especiales. Si bien sigue la línea marcada por su homónimo italiano, la separación del texto peninsular por seis décadas y la circunstancia de aprobarse en un contexto económico y político diferente determinan la simplificación del modelo, despojándolo fundamentalmente de toda su normativa laboral y de otras relaciones de trabajo no subordinado, y circunscribiéndolo a su carácter de “lei básica”, del que hablaba Miguel Reale y que mencionábamos al referirnos al proceso de unificación del derecho de las obligaciones.

En este sentido, se separa de los modelos de unificación paraguayo y argentino, que no incluyen los conceptos de empresa y establecimiento y que, en el caso de las sociedades, las regulan en el primer caso entre los contratos y en el segundo mantienen su regulación en un microsistema normativo extra-Código. También resulta diferente en su enunciado al propuesto por el Anteproyecto de Código Mercantil español, que, aunque regula la empresa y el empresario, lo separa absolutamente del tratamiento de las sociedades mercantiles.

La normativa del Libro II de la Parte Especial del Código Civil de 2002 presenta entonces dos notas características muy destacables, que lo separan del resto de la legislación consultada:

(a) Realiza una regulación unificada del derecho de la empresa, toda la cual resulta construida en torno al concepto de empresa, como hilo central y conductor, y que comprende al empresario, la sociedad y el establecimiento.

(b) Lo hace bajo la forma moderna de una “lei básica”, la cual establece amplio margen para su coexistencia con microsistemas normativos externos, otorgando a la codificación del derecho privado la flexibilidad que demanda la necesidad de constante adaptación del Derecho a las nuevas realidades de los tiempos.

En momentos en que la codificación del derecho privado continúa siendo un tema de discusión permanente, el Código Civil de 2002 propone un modelo de Código moderno, que realiza un atractivo balance entre la flexibilidad de su estructura con la permanencia de principios y criterios fundamentales de la disciplina.

### **3. La influencia de la Facultad de Derecho de la USP en el Libro II**

La celebración de los 190 años de la Facultad de Derecho de la USP nos convoca además a analizar también la influencia que le correspondió a la misma en la elaboración del Libro II de la Parte Especial del Código Civil.

Es muchas veces difícil identificar una construcción académica con un personaje en particular. En este sentido, la atribución de cualquier protagonismo puede llegar a resultar injusta. El pensamiento académico se construye como un gran edificio, donde cada uno de sus pisos se alza sobre la estructura de los pisos anteriores y, todos ellos, sobre los cimientos (“as fundações”).

La construcción académica de la Escuela de Derecho Comercial de la USP es un gran edificio en el cual, seguramente, a lo largo de estos 190 años de historia, cada uno de sus integrantes ha colocado su propio ladrillo (“seu tijolo”).

Sin embargo, algunos personajes trascendentes aparecen en este proceso de construcción del Libro II de derecho de la empresa, que merecen especial mención.

En primer lugar, el profesor *Waldemar Martins Ferreira*, que ha sido identificado como el padre del derecho de la empresa en la doctrina brasileña. Sus trabajos para definir el concepto de empresa, y diferenciarlo del empresario y del establecimiento, constituyen un precedente necesario de los desarrollos posteriores realizados al respecto.

Si bien Luiz Gastão Paes de Barros Leães, en un trabajo publicado en la *Revista de Direito Mercantil* en el año 2002,<sup>4</sup> destaca la influencia del pensamiento de Alberto Asquini en los trabajos de Sylvio Marcondes, creo que no puede descartarse la influencia del Waldemar Ferreira, dado el profundo estudio que Sylvio Marcondes realiza de su teoría y el respeto académico que Marcondes siempre manifestó por su antecesor en la cátedra.

Si bien Waldemar Ferreira estaba retirado (“aposentado”) desde el año 1956 y había fallecido cinco años antes de constituirse la Comisión Redactora del Proyecto del Libro II, su pensamiento estuvo siempre presente en los trabajos de la Comisión y en su posterior consideración parlamentaria.

En segundo lugar, aunque externo a la cátedra de Derecho Comercial y estudioso de la Filosofía del Derecho, no puede excluirse la mención del profesor *Miguel Reale*, Presidente de la Comisión creada en 1969 para la redacción del Proyecto de Código Civil, quien ha sido identificado como el arquitecto de esta importante obra jurídica.

Pero la figura central en la preparación del Libro II de la Parte Especial fue el profesor *Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado*, quien ocupara la 1ª Cátedra de la Facultad de Derecho de la USP entre 1957 y 1976. Sylvio Marcondes fue miembro de la Comisión designada en 1969 para la redacción del Código Civil, cuyos trabajos finales fueron presentados en 1972 y elevados a la consideración de la Cámara de Diputados en 1975.

El profesor Sylvio Marcondes fue el miembro de la Comisión a quien se encomendara la redacción del Libro II, cuyo análisis nos convoca. Algunos años antes Sylvio Marcondes había sido también el autor de la Parte Tercera del Proyecto de Código de las

4. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro/RDM* 128/7 y ss., año XLI.

Obligaciones de 1965, dedicado a empresarios y sociedades.

El Anteproyecto original del Libro II había sido titulado por Marcondes “Atividade Negocial”,<sup>5</sup> tratando de cambiar el concepto de acto de comercio por el de acto negocial. Según su autor, la actividad negocial es la que se manifiesta económicamente en la empresa y se expresa jurídicamente en la titularidad del empresario y en el modo y en las condiciones de su ejercicio. Esta aproximación partía claramente del análisis de la empresa como un fenómeno económico poliédrico, siguiendo en esto el pensamiento de Asquini.

Posteriormente, en los trabajos realizados en el Congreso durante los más de 25 años que demoró la aprobación del Proyecto, el título del Libro II cambió primero a “Atividade Empresarial” y posteriormente a “Direito de Empresa”, con el cual fue aprobado.

Afirma Luiz de Barros Leães que la modificación del concepto de actividad negocial excluyó del Anteproyecto la contribución más original de Sylvio Marcondes. Sin embargo, creo que este cambio de título del Libro II – compatible o no – no opaca las dos grandes virtudes que la regulación del Libro II de la Parte Especial presenta: (a) la unificación de todo el derecho de la empresa bajo una misma unidad regulatoria; y (b) la estructuración del Código como una “lei básica”, que permite el desarrollo de los institutos regulados, a través de la aprobación de normas extra-Código, que confieran la flexibilidad suficiente para la adaptación del derecho empresarial a los requerimientos normativos de un mundo cada vez más cambiante.

Éstos y muchos otros personajes de la cátedra de Derecho Comercial de la USP tuvieron una influencia trascendente en la construcción del Derecho Brasileño actualmente vigente.

#### 4. ¿Existe una Escuela de Derecho de la USP?

Una “Escuela de Derecho” es mucho más que un espacio físico o académico en el que se imparte docencia o se investiga la Ciencia Jurídica. La definición de Escuela de Derecho parte de la existencia de una doctrina, marcada por un precursor y seguida por sus discípulos. En este sentido, podemos hablar de la Escuela Histórica del Derecho de Savigny, de la Escuela Positivista de Augusto Comte, de la Escuela de los Glosadores de Bolonia, o de la Escuela de Derecho Natural de Hugo Grocio.

¿Qué ocurre en el caso de las cátedras de Derecho Comercial de la USP?

Sin atrevernos a hablar estrictamente de la existencia de una Escuela de Derecho, consideramos que la Facultad de Derecho de la USP ha tenido tradicionalmente la vocación de elaborar conceptos y desarrollos jurídicos que representan novedosos y muy valiosos aportes a la cultura jurídica. Ha sido y continúa siendo la cuna de construcciones jurídicas trascendentes.

Los trabajos de Waldemar Ferreira y de Sylvio Marcondes sobre el concepto de empresa como centro de estudio del derecho comercial, plasmado en el Libro II del Código Civil de 2002, al cual nos referimos, constituyen un claro ejemplo de tales desarrollos. Aunque fuertemente influidos por la doctrina italiana anterior y concomitante con la codificación peninsular, estos autores realizan aportes propios y novedosos, tales como la definición de las relaciones entre empresa, empresario y establecimiento, en el pensamiento de Ferreira, o la introducción del concepto de “ato negocial”, en el pensamiento de Marcondes.

Otro tanto cabe decir de los trabajos del profesor Fábio Konder Comparato y sus estudios sobre el poder de control en las sociedades anónimas, que han marcado un rumbo en esta materia, así como sus trabajos

5. V.: Sylvio Marcondes, *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, 1977, pp. 6-8.

sobre la función social de la empresa, continuados luego por su sucesor en la cátedra, el profesor Newton De Lucca.<sup>6</sup>

Las actuales generaciones de profesores de Derecho Comercial de la USP se han caracterizado por el desarrollo de posiciones doctrinarias de avanzada en el mundo del derecho empresarial. En este sentido, no pueden dejar de destacarse los valiosos trabajos que viene realizando el profesor Calixto Salomão Filho en materia de análisis estructuralista del derecho societario, en la búsqueda de las soluciones más adecuadas para superar el balance entre poder y Derecho en el ámbito de las sociedades comerciales.<sup>7</sup>

Lo mismo cabe decir de los desarrollos realizados por Paula Forgioni sobre la evolución del derecho comercial brasileño y la introducción del concepto de mercado como fenómeno poliédrico, con su dimensión política, social y jurídica, hacia el cual avanzan los estudios de derecho comercial, en permanente diálogo con el derecho económico.<sup>8</sup>

Junto a ellos una generación de valiosos juristas, con profunda y valiosa formación académica, que han venido realizando aportes de indudable trascendencia en materia jurídica.

La Facultad de Derecho de la USP y, más concretamente, sus cátedras de Derecho Comercial se presentan, entonces, como uno de los ámbitos académicos de generación de conocimiento jurídico más importantes de América. La seriedad de sus estudios y la

creatividad de sus autores han realizado y continúan realizando aportes de inestimable valía al conocimiento jurídico.

Según los diferentes *rankings* internacionales, la Facultad de Derecho de la USP ocupa el primero o el segundo lugar entre las facultades de Derecho de Latinoamérica y, sin dudas, es la más calificada Facultad de Derecho de la América del Sur. Su prestigio – bien merecido – es producto del trabajo serio de docentes y académicos, que han sabido mantener los mejores estándares de formación y de investigación. Es la principal Facultad de Derecho de Brasil, la segunda economía más grande de América, después de los Estados Unidos, y una de las 10 economías más grandes del mundo.

Este sitio de privilegio debe representar para la Facultad de Derecho de la USP motivo de legítimo orgullo, ya que, a pesar de sus jóvenes 190 años, ha sabido darse un lugar del mayor destaque en el mundo del Derecho.

Pero, al mismo tiempo, ese sitio de privilegio importa una seria responsabilidad con la academia y con el progreso del Derecho. La Facultad de Derecho de la USP está convocada a cumplir una función de liderazgo en el pensamiento jurídico, comenzando por su propia comarca; es decir, en Latinoamérica.

Toda la academia jurídica latinoamericana tiene una importante asignatura pendiente: profundizar sus lazos y relaciones, y profundizar el conocimiento de sus respectivas realidades jurídicas. Frecuentemente acudimos a las fuentes del Derecho europeas (Francia, Italia, España, Portugal, Alemania) o aun del *Common Law*, y desconocemos u olvidamos a menudo los desarrollos construidos en nuestro propio Continente, a partir de realidades culturales, sociales y políticas similares.

Creo que la academia jurídica continental latinoamericana precisa alcanzar una mayor dosis de endogamia, que seguramente habrá de enriquecer sus respectivos desarrollos jurídicos. A la Facultad de Derecho de la USP, como entidad líder en la región,

6. Newton De Lucca, “A função social da empresa”, in AA.VV., *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 Años de su Vigencia*, t. II, Montevideo, 2015, pp. 1.163 y ss.

7. Calixto Salomão Filho, “Análise estruturalista do direito societário”, in AA.VV., *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 Años de su Vigencia*, cit., t. II, p. 85; *O Novo Direito Societário*, São Paulo, 2011, pp. 53 y ss. También en *Teoría Crítico-Estructuralista del Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

8. Paula Forgioni, *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro*, São Paulo, 2012, pp. 153 y ss.

le cabe una responsabilidad fundamental en este proceso.

\*\*\*

Caros colegas e amigos. Gostaria de agradecer mais uma vez este convite que me honra muito.

Espero que a celebração dos 200 anos desta querida Faculdade de Direito nos encontre novamente juntos, fazendo um balanço das importantes ideias e iniciativas realizadas neste evento e trabalhando juntos para melhorar o direito comercial.

Muito obrigado!