Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

rdm
revista de direito mercantil

Revista de Direito Mercantil

FUNDADORES

1a FASE: Waldemar Ferreira

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. da Costa

e Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Soveral Martins, Judith Martins-Costa, Ana de Oliveira Frazão, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, Carlos Klein Zanini, Paulo de Tarso Domingues, Gustavo José Mendes Tepedino, Ricardo Oliveira García, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Rui Pereira Dias, José Augusto Engrácia Antunes, Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO

Calixto Salomão Filho, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Paulo Frontini, Mauro Rodrigues Penteado, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, Newton de Lucca, Juliana Krueger Pela, Paula Andréa Forgioni, José Marcelo Martins Proença, Rachel Sztajn, Balmes Vega Garcia, Antonio Martín, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, Eduardo Secchi Munhoz, Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Francisco Satiro de Souza Junior, Sheila Christina Neder Cerezetti, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Vinícius Marques de Carvalho, José Alexandre Tavares Guerreiro, Manoel de Queiroz Pereira Calças, Marcos Paulo de Almeida Salles, Marcelo Vieira von Adamek, Newton Silveira

COORDENADOR ASSISTENTE DE EDIÇÃO:

João Paulo Braune Guerra

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

Camila Bovolato Rodrigues, Carolina Capani, Giulia Ferrigno Poli Ide Alves, Isabella Petrof, Julia Borges Endler, Matheus Chebli, Rodolfo Pavanelli Menezes, Sergio Coelho de Azevedo Junior, e Virgílio Maffini Gomes

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do Autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz, Daniela Nunes de Amartine, Erasmo Valladão Azevedo França e Novaes, Érico Andrade, Gabriel Tajra, Georges Gmoussa, Gustavo Cerqueira, Herbert Wiedemann, Iacyr de Aguilar Vieira, Leonardo Parentoni, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros, Luiz Daniel Haj Mussi, Luiz Felipe Galloti Rodrigues, Mariana Hofmann Fuckner, Paulo Burnier Silveira, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Thiago Saddi Tannous, Thomas Bergmann.
ISBN: 978-65-89904-60-1
Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte Maio De 2022

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

AUTORES

AGUILAR VIEIRA, Iacyr de.

Ancien professeur à l'université fédérale de Viçosa, Brésil, avocat inscrit au barreau de Minas Gerais, Brésil.

AMARTINE, Daniela Nunes de.

Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), com período sanduíche na Universidad Nacional de Colombia através do Programa de Desenvolvimento Acadêmico Abdias do Nascimento, fomentado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pós-graduada em Licitações e Contratos.

ANDRADE, Érico.

Professore "adjunto"nell'Università Federale di "Minas Gerais".

ASSIS, Daniel Araújo de.

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC RS). Especialização em Gestão de Negócios e Inovação (MBA) pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA OAB/MG).

BARROS, Lucas Carneiro Gorgulho Mendes.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2016), com extensão universitária realizada na EBS Universität für Wirtschaft und Recht (2014). Mestre em Direito Empresarial na Universidade de São Paulo (2021).

BERGMANN, Thomas.

Possui graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito junto ao programa de pós-graduação *stricto*

sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

CERQUEIRA, Gustavo.
Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Nîmes.

FUCKNER, Mariana Hofmann.
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR. ÁREA DO DIREITO: Direito societário e mercado de capitais.

HAJ MUSSI, Luiz Daniel.
Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito Empresarial da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR.

MOUSSA, Georges.
Graduando em Direito na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (EDESP-FGV). E-mail: <georgesvicentini@aol.com>.

NIZ, Kamilla Ranny Macedo.
Graduanda na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PARENTONI, Leonardo.
Professore "adjunto"nell'Università Federale di "Minas Gerais".

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Doutor e Mestre pela USP. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RODRIGUES, Luiz Felipe Galloti.

Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB).

SILVEIRA, Paulo Burnier.

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasilia (UnB). Doutor em Direito pela Universidade de Paris II e pela Universidade de São Paulo (USP).

TAJRA, Gabriel.

Graduado em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). E-mail: < gabriel.aguiar.tajra@gmail.com>.

TANNOUS, Thiago Saddi.

Doutorado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014-2017). Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013). Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (2009).

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes.

Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1973), mestrado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1992), doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (1998) e livre-docência em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2012). Professor associado. Ex-Chefe do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo (2016-2019).

SUMÁRIO

O JURISTA, O MÚSICO E O TRADUTOR: NOTA INTRODUTÓRIA A "INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO MUSICAL – UM ENSAIO", DE HERBERT WIEDEMANN 15
Erasmo Valladão Azevedo França e Novaes; Thiago Saddi Tannous

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E MUSICAL – UM ENSAIO 19
Herbert Wiedemann

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PARA CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-HOTEL: NATUREZA EMPRESARIAL E CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 37
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

O AFROEMPREENDEDORISMO COMO NICHO ESPECÍFICO DE NEGÓCIOS: UM ESTUDO COMPARADO COM BASES EMPÍRICAS DO BRASIL E DA COLÔMBIA 81
Daniela Nunes de Amartine; Paulo Burnier Silveira

A DIFUSÃO DE INFORMAÇÕES E O FUNCIONAMENTO DO MERCADO DE CAPITAIS 111
Lucas Carneiro Gorgulho Mendes Barros

ASPECTOS REGULATÓRIOS DA LEI SARBANES-OXLEY APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS 151
Gabriel Tajra; Georges Gmoussa

IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NEL DIRITTO BRASILIANO ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI 175
Érico Andrade; Leonardo Parentoni

CRÍTICA AO SISTEMA DE OFERTA PÚBLICA DE DISTRIBUIÇÃO DE CONTRATOS DE INVESTIMENTO COLETIVO HOTELEIRO SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO AO INVESTIDOR E DA CONFIABILIDADE E DA EFICIÊNCIA DO MERCADO 201
Luiz Daniel Haj Mussi; Mariana Hofmann Fuckner

GRUPO DE SOCIEDADES NO BRASIL 257
Thomas Bergmann

LES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS : UN MOYEN DE RESTRUCTURATION DU DROIT COMMERCIAL BRÉSILIEN* 285
Iacyr de Aguilar Vieira; Gustavo Cerqueira

A CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS ASSOCIAÇÕES CIVIS UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA COM BASE EM CASOS PARADIGMAS..... 305
Daniel Araújo de Assis; Kamilla Ranny Macedo Niz

ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADES ANÔNIMAS: PECULIARIDADES, RESPONSABILIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS..... 351
Luiz Felipe Galloti Rodrigues

LES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS : UN MOYEN DE RESTRUCTURATION DU DROIT COMMERCIAL BRÉSILIEN[521*]

AGUILAR VIEIRA, Iacyr de

CERQUEIRA, Gustavo

Sommaire:I. La volonté de recourir aux énoncés interprétatifs pour reconstruire le droit commercial - A. - Un droit commercial à reconstruire - B. - La volonté de recourir aux énoncés interprétatifs - II. - Le recours généralisé aux énoncés interprétatifs pour reconstruire le droit commercial - A. - Les mises en œuvre des énoncés interprétatifs

1.- « En ce qui concerne les obligations découlant de son activité, l'entrepreneur individuel visé à l'article 966 du Code civil répond d'abord sur les biens liés à l'exploitation de son activité économique, conformément à l'article 1024 du Code civil[522]. »

2.- Cet énoncé est un exemple d'un nouveau moyen d'expression des juristes brésiliens. Il est qualifié d'interprétatif car il est une déclaration interprétative de dispositions législatives. Les énoncés sont adoptés dans le cadre des Journées de droit promues par le Centre d'études judiciaires du Conseil de la justice fédérale. Ces journées réunissent à Brasília des professeurs de droit – nationaux et étrangers –, magistrats, membres du ministère public, avocats et des représentants d'autres professions juridiques.

Alors que les premières journées visaient le droit civil, dont le nouveau périmètre est largement redéfini par la codification civile

521* Étude publiée originellement dans *Mélanges en l'honneur de Michel et Patrice Storck*, Paris, Dalloz, Joly, 2021, p. 211-226. Les auteurs renouvellent leurs remerciements aux éditions Dalloz pour l'autorisation à republier cette étude dans la *Revista de Direito Mercantil*, ainsi qu'à Me Athenaís Linhares Moreira et à Me Bruno de Ávila Borgarelli pour leur aide précieuse dans la recherche de l'appareil scientifique employé.

522 Énoncé no 5, approuvé lors de la 1re Journée de droit commercial (2012).

de 2002, des journées spécialisées ont été promues à partir de 2012 : journées de droit commercial, journées de procédure civile, journées sur les modes alternatifs de règlement de conflit et, en 2020, journées relatives au droit public – premières journées de droit administratif, de droit fiscal et de droit pénal et de procédure pénale.

3.- Depuis leur création en 2002[523], à travers huit éditions, les journées de droit civil ont permis l'adoption de 644 énoncés interprétatifs des dispositions du Code civil. En trois éditions des journées de droit commercial, 115 énoncés ont été adoptés. Depuis la promulgation du nouveau Code de procédure civile en 2015, deux journées de procédure civile ont approuvé 157 énoncés interprétatifs du nouveau code[524]. Enfin, lors de la 1re Journée d'études dédiée aux modes alternatifs de règlement de conflits en août 2016, 87 énoncés interprétatifs des textes régissant la matière ont été approuvés.

Ainsi, 1 003 énoncés interprétatifs ont été adoptés depuis 2002.

4.- Ces énoncés sont le fruit d'un consensus entre différents acteurs du monde juridique à travers l'installation de commissions lors des journées[525]. Ce consensus est plus explicitement recherché à partir de la 6e Journée de droit civil où l'approbation par une majorité des 2/3 de chaque commission a été imposée avant la soumission des énoncés à l'approbation par une majorité également des 2/3 des présents à la séance plénière[526]. Ces modalités d'approbation sont également en vigueur lors des journées de droit commercial[527].

5.- La formulation des énoncés interprétatifs adopte trois styles. Le premier est un style législatif : les énoncés se présentent comme

523 Les Journées de droit civil ont eu lieu en 2002, 2003, 2004, 2006, 2011, 2013, 2015 et 2018.

524 La première a eu lieu les 24 et 25 août 2017, la deuxième, les 13 et 14 septembre 2018.

525 R. R. de Aguiar Jr., « As jornadas de direito civil », *Revista CEJ* juill. 2011, p. 15-16, p. 16. Les commissions des journées de droit civil correspondent à chacun des livres du Code civil.

526 Sur l'évolution des modalités d'approbation, v. *VI Jornada de Direito Civil*, Brasília, CJF, CEJ, 2013.

527 Art. 20, V et 22, § 1er du règlement interne de la 3e Journée de droit commercial (Portaria no 109-CJF).

des dispositions législatives, privilégiant une formule impérative et générale. Par exemple, selon l'énoncé nº 67 adopté lors de la 1re Journée de droit civil, « la rupture de l'*affectio societatis* n'est pas une cause d'exclusion de l'associé minoritaire, mais seulement de dissolution (partielle) de la société ». Ils prennent ainsi la forme d'un énoncé normatif, à l'instar de ceux édictés par les cours supérieures brésiliennes[528].

Le deuxième style est celui du dispositif des arrêts rendus par des tribunaux saisis d'une question préjudicielle ou d'un avis consultatif, mais avec les caractéristiques propres à l'énoncé normatif. Par exemple, selon l'énoncé nº 65 adopté à l'issue de la 1re Journée de droit civil, « l'expression "société limitée" figurant aux articles 1052 et suivants du nouveau code civil doit être interprétée *stricto sensu*, comme "société à responsabilité limitée" ».

Le troisième style, moins fréquent, prend la forme d'une recommandation, s'éloignant ainsi des formes usitées. Il s'agit de propositions de réformes législatives, adressées au législateur et aux juristes pouvant composer des commissions d'élaboration de textes normatifs. Par exemple, selon l'énoncé nº 68 adopté durant la 1re Journée de droit civil : « supprimer les articles 1088 et 1089 du nouveau code civil puisque la matière [société anonyme] est régie par une loi spéciale ».

La majorité des énoncés consiste en une seule phrase. Certaines exigences formelles ont été spécialement posées au sein des journées commerciales : les propositions d'énoncés sont limitées à 800 caractères et doivent être rédigées dans un style direct et général, tout en indiquant les dispositions légales visées[529].

Les énoncés approuvés sont accompagnés d'une explication, devenue obligatoire à partir de la 6e Journée de droit civil et de la 2e Journée de droit commercial.

528 Également appelés *súmulas*, les énoncés normatifs édictés par les tribunaux supérieurs consolident des décisions réitérées ne faisant plus l'objet de divergence en leur sein. Certains sont contraignants et ont un effet *erga omnes*. V. G. Cerqueira, « Le droit privé brésilien », *Panorama of Brazilian Law* 2013-1, p. 265-345, p. 251 s.

529 Art. 12 et 29 du règlement interne de la 3e Journée de droit commercial, préc.

6.- Les énoncés interprétatifs jouissent d'une très large publicité organisée par le Centre d'études judiciaires du Conseil de la justice fédérale, à travers une diffusion à la fois électronique et imprimée.

7.- Inspirés d'une pratique argentine remontant à 1927, les énoncés interprétatifs peuvent être mis en parallèle avec les *Restatements of Law* – construits à partir de la jurisprudence nord-américaine –, les résolutions de l'Institut de droit international ou encore les avis consultatifs émis par le *CISG-Advisory Council*. En effet, tous participent d'un même objectif : éclairer la règle de droit, voire suppléer les carences du législateur.

8.- Si les premiers énoncés ne concernaient que les dispositions du Code civil brésilien de 2002, la législation spéciale, y compris les conventions internationales, est désormais concernée.

Les journées de droit civil et leurs énoncés interprétatifs sont nés du constat que le nouveau Code civil n'était pas suffisamment connu pour être appliqué. Outre l'ancienneté du projet, qui datait de 1975, celui-ci n'était pas assez connu des universitaires[530], les rares discussions se bornant à critiquer le projet ou à nier l'opportunité d'une nouvelle codification[531]. Ainsi, lorsque le nouveau code a été promulgué, les juristes ne disposaient ni des travaux préparatoires, ni d'analyses doctrinales abouties leur permettant de l'appréhender[532]. Or, la codification de 2002 innovait dans plusieurs domaines et, surtout, opérait une grande rupture en unifiant les obligations civiles et commerciales et en réglementant le droit de l'entreprise.

530 La Faculté de droit de l'université fédéral du Rio Grande do Sul, ainsi que la Faculté de droit de l'université de l'État de Rio de Janeiro ont figuré parmi les rares centres d'études du projet du Code civil. Des publications concernant des nouvelles dispositions apportées par le projet, notamment sur la bonne foi, la fonction sociale du contrat et la fonction sociale de la propriété sont intervenues dans la période qui précède l'approbation du projet et la promulgation du code en 2002. Des études concernant la constitutionnalisation du droit civil, à partir de la promulgation de la Constitution de la République, le 5 octobre 1988, ont mis en relief plusieurs innovations apportées par le projet du Code civil, préparant ainsi le terrain pour leur réception.

531 R. R. de Aguiar Jr., « As jornadas de direito civil », préc., p. 16.

532 *Ibid*.

En conséquence, les journées de droit civil concernaient également le droit commercial. Toutefois, la complexité et les spécificités des contrats commerciaux et du droit de l'entreprise ont vite été révélées. En effet, de nombreuses institutions commerciales demeurent régies par des législations spéciales. Ainsi, la codification de 2002 n'a pas apporté une unité et une cohérence à la matière commerciale.

9.- Dès lors, le besoin de promouvoir une interprétation savante des dispositions législatives intéressant cette matière a justifié l'émergence des journées de droit commercial[533].

10.- Dans cette perspective, les énoncées interprétatifs apparaissent comme un moyen de restructuration intellectuelle du droit commercial.

Fort du prestige, de la pérennité et de l'expansion du domaine couvert par ces journées, les énoncés interprétatifs qui en résultent connaissaient un important succès. En effet, nonobstant leur caractère non contraignant, les énoncés sont largement promus en doctrine et de plus en plus présents dans la pratique.

Ainsi, une volonté de recourir, en premier lieu, aux énoncés interprétatifs pour reconstruire le droit commercial aboutit, en second lieu, à un recours généralisé à ce moyen.

I. - LA VOLONTÉ DE RECOURIR AUX ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS POUR RECONSTRUIRE LE DROIT COMMERCIAL

11.- Conçu initialement pour mieux appréhender la nouvelle codification civile de 2002, l'énoncé interprétatif est adopté par les commercialistes afin de favoriser un renouveau du droit commercial brésilien, dévalué du fait de la codification unificatrice[534].

533 J. Otávio de Noronha, « Abertura », *I Jornada de direito comercial*, Brasília, CJF/CEJ, 2013, p. 9-10, p. 10.

534 F. Ulhoa Coelho, « Encerramento », *I Jornada de direito comercial*, *op. cit.*, p. 49.

A. - UN DROIT COMMERCIAL À RECONSTRUIRE

12.- Alors que le droit commercial a fait l'objet de la première codification brésilienne en 1850[535], son développement a progressivement conduit à sa déstructuration.

13.- Tout d'abord, depuis 1875, le contentieux commercial relève de la compétence des juridictions de droit commun[536]. Ainsi, malgré l'existence de chambres spécialisées au sein des tribunaux et cours supérieures[537], l'absence d'une juridiction propre s'oppose à une interprétation uniforme et cohérente des règles commerciales. Les divergences jurisprudentielles sont accrues par la diversité des sources.

14.- En effet, la législation commerciale brésilienne est particulièrement fragmentée. Le développement des rapports économiques a généré une multitude des sources hors du Code de commerce de 1850. En outre, il faut ajouter l'essor d'usages sectoriels, des instruments internationaux et de la pratique arbitrale. Puis, la codification de 2002 n'a pas intégré, par exemple, les lois sur les sociétés par actions, sur la représentation commerciale, sur les baux commerciaux, sur le marché de capitaux, sur les valeurs mobilières, sur la propriété intellectuelle, sur les registres publics et sur le registre du commerce. Enfin, depuis 2002, de nouvelles lois ont été promulguées sur le traitement des sociétés en difficulté, sur les partenariats public-privé et sur la microentreprise. À cet arsenal législatif interne, s'ajoutent les lois régissant la concurrence et la protection des consommateurs, ainsi que les conventions internationales, comme la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises et les accords signés dans le cadre du Mercosur. Cette fragmentation, source

535 V. I. de Aguilar Vieira et G. Cerqueira, « L'influence du Code de commerce français au Brésil », *RID comp.* 2007. 27-77.

536 Une seule juridiction spécialisée en matière commerciale subsiste : il s'agit du Tribunal maritime administratif, créé en 1931.

537 S. Beneti, « O Direito commercial na jurisprudência do STJ » et R. Villas Bôas Cueva, « O Direito commercial na jurisprudência do STJ », *I Jornada de direito comercial, op. cit.*, p. 11-18 et p. 20-23, respectivement.

d'incompréhensions, empêche une application uniforme et cohérente par les juges et les arbitres, et crée une forte insécurité juridique[538].

15.- Enfin, en règlementant le droit de l'entreprise et en opérant l'unification des obligations civiles et commerciales[539], la codification civile de 2002 a soumis le droit commercial à d'autres exigences que celles spécifiques aux rapports commerciaux. Ainsi, alors qu'il réclame de la flexibilité, le droit commercial est assujetti à un cadre normatif adapté à des rapports de droit de longue durée. Or, bien que l'incorporation du droit de l'entreprise dans le Code civil ait eu certains avantages[540], ce droit apparaît comme un « corps étranger », sans aucune relation interne avec les autres parties du code[541]. L'absence de normes générales en matière de concurrence, de propriété intellectuelle, d'entreprises en difficulté, ainsi qu'en droit maritime ou du transport aérien, sont très critiquables[542]. En définitive, il n'y avait aucun besoin de soumettre les activités commerciales aux principes du Code civil.

Il en est de même à propos de l'unification des obligations civiles et commerciales. Était-elle si nécessaire ? Rappelons que l'article 121

538 J. Otávio de Noronha, « Apresentação », *I Jornada de direito comercial*, *op. cit.*, p. 7-8, p. 7.

539 Le droit de l'entreprise contenu dans le livre II de la Partie spéciale (art. 966 à 1195) règlemente le droit de l'entrepreneur (art. 966 à 980), le droit des sociétés (art. 981 à 1141), l'établissement (art. 1142-1149) et quelques institutions complémentaires du commerce (art. 1150-1195). Les institutions complémentaires régies par le Code civil sont le registre (art. 1150-1154), le nom « entrepreneurial » (art. 1155-1168), les préposés (art. 1169-1178) et les livres (art. 1179-1195).

540 L'un des avantages résulte de l'absence d'énumération, dans le texte du Code civil, des actes pouvant relever de l'activité de l'entrepreneur, notion se substituant à celle de commerçant. Dès lors, la porte est laissée grande ouverte aux nouvelles formes d'activité qu'elles soient industrielles, rurales ou bancaires, qu'il s'agisse de prestations numériques ou de l'activité des start-up. Toutes ces activités peuvent relever du droit de l'entreprise régi par le Code civil. De même, les termes de la définition posée par l'article 1142 du Code civil sont suffisamment vagues pour intégrer dans la notion d'établissement les nouvelles modalités d'entreprenariat commercial comme les entreprises de services numériques, les start-up digitales et numériques ou même les *fintech's* et les plateformes bancaires.

541 F. Konder Comparato, « Projeto de Codigo Civil », *Revista de Direito Mercantil* no 17, nova série, 1975, p. 173-175.

542 I. de Aguilar Vieira et G. Cerqueira, « L'influence du Code de commerce français au Brésil », préc., p. 72.

du Code de commerce déterminait l'application subsidiaire du droit commun des contrats aux contrat commerciaux, alors que le règlement 737 du 25 novembre 1850 prévoyait que les lois civiles constituaient la principale source des usages commerciaux[543]. Le Code civil de 1916 procédait lui aussi, sur certains points, à une assimilation des obligations commerciales aux obligations civiles en prévoyant en son article 1364 que « les règles des sociétés anonymes » étaient « subsidiairement » applicables « aux sociétés civiles » quand ces règles n'entraient pas en conflit « avec les dispositions de la loi civile ». Désormais, les contrats commerciaux sont soumis aux principes collectivistes du Code civil 2002, soit parce que régis par celui-ci, à l'instar de l'agence et de la distribution, soit parce que, bien que régis par des règles spéciales, à l'instar du courtage ou du transport, leur régime est soumis à l'exigence de conformité aux dispositions du Code civil (art. 729 et 732)[544].

Nonobstant cette emprise de la codification civile, des pans importants du droit commercial demeurent exclus du nouveau code et font l'objet d'une législation spéciale qui continue de se développer dehors le code. Parfois, une lacune résulte de la codification, comme l'illustre la vente commerciale. Il est regrettable que certains aspects les plus importants restent sans réglementation précise par dérogation à la partie générale du Code de commerce de 1850. En effet, toute une série de dispositions propres à la vente commerciale ou à d'autres obligations typiquement commerciales n'a pas été reprise par le nouveau Code civil[545].

543 Sauf pour les questions relatives aux sociétés ou les cas expressément prévus par le texte (art. 2, al. 2).

544 A l'inverse, les règles prévues par le Code civil sur les effets de commerce ne sont applicables qu'à défaut de dispositions spéciales (art. 903).

545 Dans le Code de commerce de 1850, les règles générales sur les contrats étaient complétées par des dispositions, supplétives certes, mais indicatives des obligations subsidiaires et accessoires à la prestation principale ou caractéristiques de l'affaire, en accord avec la pratique commerciale. Le nouveau code est silencieux par exemple quant au délai, à la forme et à qui doit être livrée la chose vendue. Le Code civil de 1916 était également silencieux sur toutes ces questions, mais le Code de commerce prévoyait, bien que timidement, que la marchandise devait être livrée dès le contrat conclu, dans le délai et selon la manière déterminés dans celui-ci (art. 197), et au

16.- Parfois défini comme une catégorie historique[546], parfois défini comme un droit rebelle[547], le droit commercial déborde facilement des limites étroites d'une codification. En effet, la spontanéité de sa création et les mutations rapides de son environnement semblent s'opposer au principe d'une codification[548]. Il en était déjà ainsi avec le Code de commerce de 1850[549]. La difficulté s'est accrue avec le Code civil de 2002, ce qui génère une législation encore plus éparpillée.

17.- Face à un droit si fragmenté, une reconstruction est réclamée. C'est dans cette perspective qu'une nouvelle codification commerciale a été proposée au législateur par la doctrine[550]. Parallèlement à cette tentative de reconstruction législative, une reconstruction théorique s'opère au sein des journées de droit commercial grâce aux énoncés interprétatifs.

B. - LA VOLONTÉ DE RECOURIR AUX ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS

18.- Dans la mesure où les énoncés interprétatifs ont été conçus comme des « instruments auxiliaires » de mise en œuvre du nouveau Code civil[551], il était normal qu'ils portent également sur la matière commerciale codifiée. Par exemple, soucieuse de restreindre le champ d'application de la responsabilité sociétaire prévue à l'article 50

---

lieu où elle se trouvait au moment de la vente, si les parties n'en avaient pas décidé autrement (art. 199).

546 T. Ascarelli, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947.

547 S. Beneti, « O Direito commercial na jurisprudência do STJ », préc., p. 11.

548 J. Monéger, « De l'Ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au Code de commerce français de septembre », *RIDE* 2004. 171-196, p. 177.

549 V. I. de Aguilar Vieira et G. Cerqueira, « L'influence du Code de commerce français au Brésil », préc., p. 49 s.

550 Projet de loi no 1572/2011 (Chambre des députés) ; projet de loi no 487/2013 (Sénat), issus de l'avant-projet de Code commercial élaboré en 2011 par Fábio Ulhoa Coelho (v. *O futuro do direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 2011). V. en dernier lieu, F. Ulhoa Coelho *et alii* (dir.), *Novas Reflexões Sobre o Projeto de Código Comercial*, São Paulo, Saraiva, 2015.

551 R. R. de Aguiar Jr., « As jornadas de direito civil », préc., p. 16.

du Code civil en cas d'abus de la personnalité morale[552], la 1re Journée de droit civil a adopté l'énoncé nº 7, selon lequel « la mise à l'écart de la personnalité juridique n'a lieu que lorsqu'un acte irrégulier a été commis et de façon limitée aux seuls administrateurs ou associés l'ayant commis ». Ainsi, alors que la clause générale de l'article 50 attribue une responsabilité sociétaire de façon indéterminée « aux administrateurs ou associés de la personne morale », l'énoncé précise que cette responsabilité ne saurait être engagée à l'endroit des administrateurs et des associés n'ayant commis aucun abus.

Par ailleurs, le besoin d'interpréter des dispositions législatives ayant trait aux questions propres au droit commercial s'est également fait sentir au sein d'autres journées spécialisées. En effet, certains énoncés adoptés lors des journées de procédure civile et de la journée sur les modes alternatifs de règlement de conflits concernent la matière commerciale. Par exemple, les journées de la procédure civile ont souhaité rendre plus efficace la sanction de l'article 50 du Code civil. Dans cette perspective, selon l'énoncé nº 42, « une mesure provisoire d'urgence peut être accordée en cas de mise à l'écart de la personnalité morale ». De même, l'énoncé nº 111 prévoit que « l'incident de mise à l'écart de la personnalité morale peut être provoqué dans une procédure collective ».

Ces incursions dans la matière commerciale confirment la nécessité d'une appréhension globale de la matière. Les journées de droit commercial souhaitent répondre à cette nécessité.

19.- Pourtant, les journées de droit commercial ne sont pas limitées à proposer une lecture herméneutique de la législation. Elles ambitionnent avant tout ressusciter la culture commercialiste au

552 Art. 50 : « En cas d'abus de la personnalité morale, caractérisé par le détournement de ses objectifs, ou par une confusion de patrimoines, le juge peut décider, sur requête de la partie ou du Ministère public, quand celui-ci doit intervenir au procès, que les effets de certaines responsabilités pourront atteindre les biens particuliers des administrateurs ou associés de la personne morale ». V. G. Cerqueira, « Lever le voile social. Regards croisés en droit des sociétés français et brésilien », in M. Storck *et alii* (dir.), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, L'Harmattan, 2010, p. 339-382.

Brésil[553] face à un ordre juridique marqué par l'emprise de la protection du consommateur et par la « constitutionnalisation » du contrat et de l'entreprise. Or, un haut magistrat s'est réjoui que ces journées aient « réussi à rétablir le débat sur le droit commercial au Brésil[554] », après qu'un autre avait fait part de « [sa] grande émotion de parler à nouveau du droit commercial[555] ».

20.- L'objectif semblerait donc atteint. Outre le nombre important de juristes participant à ces journées, c'est le nombre de propositions d'énoncés (plus de 600) et d'énoncés adoptés (115) qui atteste du rôle désormais joué par ce moyen dans l'effort de reconstruction de la matière. Cela d'autant plus qu'ils visent des questions aussi épineuses que l'application du Code de protection des consommateurs aux contrats commerciaux (énoncés 19[556] et 20[557]), la mise en œuvre de la fonction sociale du contrat entre commerçants (énoncés 26[558] et 29[559]) ou encore la définition des prérogatives de l'associé nu-propriétaire (énoncé 63[560]).

21.- En définitive, la journée de droit commercial semble s'inscrire dans le calendrier national comme un rendez-vous majeur pour les commercialistes brésiliens. C'est que le recours aux énoncés

553 F. Ulhoa Coelho, « Encerramento », *I Jornada de direito comercial*, *op. cit.*, p. 49.

554 J. Otávio de Noronha, discours d'ouverture de la 3e Journée de droit commercial, le 6 juin 2019.

555 S. Beneti, « O Direito commercial na jurisprudência do STJ », préc., p. 11

556 « Le code de protection des consommateurs ne s'applique pas aux relations entre les associés/actionnaires ou entre ceux-ci et la société. »

557 « Le Code de la protection des consommateurs ne s'applique pas aux contrats conclus entre entrepreneurs dans lesquels l'un des entrepreneurs vise à se fournir en intrants pour son activité de production, de commerce ou de services. »

558 « Le contrat entrepreneurial remplit sa fonction sociale lorsqu'il ne porte pas atteinte à des droits ou intérêts diffus ou collectifs, dont sont titulaires des personnes ne participant pas au rapport d'affaires. » Référence à l'article 421 du Code civil.

559 « La fonction sociale du contrat et la bonne foi objective (articles 421 et 422 du Code civil) s'appliquent aux négoces juridiques entre entrepreneurs, conformément aux spécificités des contrats entrepreneuriaux. »

560 « Le nu-propriétaire de quotas ou d'actions enregistrées avec usufruit, lorsqu'ils ne sont pas réglementés dans l'acte institutionnel respectif, peut exercer le droit de surveillance de la société. » Référence aux articles 1020 et 1021 du Code civil et à l'article 40 de la loi no 6.404/76 sur les sociétés par actions.

interprétatifs pour reconstruire le droit commercial est aujourd'hui généralisé.

II. - LE RECOURS GÉNÉRALISÉ AUX ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS POUR RECONSTRUIRE LE DROIT COMMERCIAL

22.- Le recours généralisé à l'énoncé interprétatif par différents acteurs du monde juridique atteste de la mobilisation dont ce moyen peut faire l'objet. Croissante, cette mobilisation invite à apprécier la valeur des énoncés.

A. - LES MISES EN ŒUVRE DES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS

23.- La mise en œuvre des énoncés interprétatifs est double : théorique et pratique.

1º Une mise en œuvre théorique

24.- La mise en œuvre théorique des énoncés interprétatifs s'apprécie sur le plan des écrits puis sur le plan de l'enseignement.

a) Les écrits

25.- De nombreux écrits font référence aux énoncés interprétatifs. Il est rare aujourd'hui de trouver un ouvrage ou un travail de droit civil, de droit commercial ou de procédure civile qui ne les mentionne pas.

La doctrine apparaît comme un cadre naturel de réception des énoncés. À ce titre, la mention immédiate des premiers énoncés interprétatifs par des ouvrages de référence, comme le Code civil annoté de Nelson Nery Jr. et Rosa Maria Nery, a contribué à leur réception en doctrine.

26.- Aujourd'hui, la doctrine discute les énoncés[561], y compris pour les dénoncer[562]. La critique demeure néanmoins essentiellement concentrée sur les énoncés adoptés dans les journées de droit civil et de procédure civile. Rarement, elle vise la nature juridique ou l'autorité des énoncés[563], les critiques ponctuelles se rapportant le plus souvent aux interprétations préconisées.

b) L'enseignement

27.- Le recours aux énoncés permet aux enseignants d'enrichir leur raisonnement en explorant de façon critique les interprétations offertes par les énoncés. Ceux-ci apparaissent alors comme un outil pédagogique de premier ordre.

En matière commerciale, l'étude des énoncés interprétatifs est d'autant plus opportune qu'elle permet à l'étudiant d'appréhender de manière organisée une matière déstructurée et insaisissable à la seule lecture du Code civil.

Aujourd'hui, les énoncés font partie du programme d'examen dans certaines facultés et pour certains concours de la fonction publique et d'accès aux carrières juridiques.

2º Une mise en œuvre pratique

28.- La mise en œuvre pratique s'opère déjà sur le plan judiciaire et, potentiellement, sur le plan législatif.

561 R. M. Martins, « O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de direito civil », *Revista CEJ* 2008, p. 11-19 ; G. H. Lima Reini *et alii*, « Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado n. 37 da 1ª Jornada de Direito Civil », *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 2016, p. 63-94.

562 V. not. L. L. Streck, « Por que os enunciados representam um retrocesso na teoria do Direito », *Revista Consultor Jurídico* 15 oct. 2015, disponible sur [https://www.conjur.com.br].

563 V. H. M. Duclerc Verçosa, « A inefável função social do contrato e o Projeto de Código Comercial », *Migalhas* 19 oct. 2012 ; H. M. Duclerc Verçosa et R. Sztjan, « Atividade rural e recuperação de empresas. Observações sobre a III Jornada de Direito Comercial do Conselho Nacional de Justiça », *Migalhas* 5 juin 2019, disponibles sur [https://www.migalhas.com.br].

a) Une mise en œuvre judiciaire
L'avocature

29.- Les avocats mobilisent volontiers les énoncés interprétatifs[564]. Il est ainsi normal d'y recourir lorsque les énoncés offrent une grille de lecture des dispositions légales favorable aux prétentions du justiciable.

Leur utilisation par les avocats tend à s'accroitre dans la mesure où les tribunaux brésiliens, notamment les tribunaux supérieures, les mentionnent de plus en plus dans leur motivation.

La magistrature

30.- Bien qu'il s'agisse d'une initiative d'un organe du pouvoir judiciaire, les énoncés interprétatifs n'ont aucune valeur officielle et ne lient pas les juges[565].

31.- Pourtant, leur application par les juges brésiliens est une réalité. En matière commerciale, il est possible d'identifier l'application des énoncés dans au moins une quinzaine d'affaires portées devant le Tribunal supérieur de justice[566]. En matière civile, ce même tribunal a appliqué des énoncés dans au moins une centaine affaires.

32.- Cela n'est pas étonnant. Outre leur implication directe dans l'organisation et la promotion de ces journées, les magistrats y participent. Dans leur perspective, « les journées [...] sont un espace de dialogue [...] une occasion de débattre avec la communauté juridique, d'échanger des idées et de collaborer pour l'amélioration

564 J. Otávio de Noronha, discours d'ouverture de la 6e Journée de droit civil, in *VI Jornada de Direito Civil*, Brasília, CJF/CEJ, 2013, p. 13. Pour un exemple : STJ, 4e T., 12 déc. 2017, REsp 1.166.568 - SP, *DJe* 15 déc. 2017.

565 *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*, Brasília, CJF/CEJ, 2012, p. 9 ; art. 28 du règlement interne de la 3e Journée de droit commercial, préc.

566 V. par ex. : STJ, 4e T., 5 nov. 2019, REsp 1800032/MT, *DJe* 10 févr. 2020 (qualité d'entrepreneur) ; 3e T., 2 avr. 2019, REsp 1799627/SP, *DJe* 9 mai 2019 (contrat de concession commerciale) ; 3e T., 2 avr. 2019, REsp 1.700.487/MT, *DJe* 26 avr. 2019 (plan de récupération judiciaire) ; 3e T., 19 mars 2019, REsp 1.581.075/PA, *DJe* 22 mars 2019 (contrat de distribution : exception d'inexécution, onérosité excessive).

des institutions[567] ». Or, de l'élaboration des énoncés interprétatifs à leur application, il n'y a qu'un pas[568] !

b) Une mise en œuvre législative

33.- Il est encore tôt pour connaître la valeur que les énoncés peuvent avoir pour le législateur. En revanche, les journées ont pour ambition de susciter un tel intérêt. En effet, un certain nombre d'énoncés sont des recommandations, voire des propositions de réforme ou de suppression de dispositions législatives.

34.- Si les journées de droit commercial n'ont pas encore adopté de tels types d'énoncé, la volonté d'influencer le législateur existe. Ainsi, l'auteur d'un projet de loi actuellement en discussion au Sénat, visant à réhabiliter le Code de commerce de 1850[569], est également l'un des grands promoteurs des journées de droit commercial. Par ailleurs,

567 M. T. de Assis Moura (vice-président du Tribunal supérieur de justice), discours d'ouverture de la 3e Journée de droit commercial, le 6 juin 2019.

568 Pour une critique de la participation des magistrats à l'élaboration des énoncés, alors que les solutions préconisées font l'objet d'importantes discussions devant les tribunaux du pays : v. les auteurs cités à la note 42, *supra*. Cette critique est illustrée par la discussion sur le caractère déclaratif ou constitutif de l'immatriculation de l'entrepreneur dans le registre de commerce et des sociétés. L'enjeu est majeur pour le producteur rural endetté qui souhaite bénéficier du système de récupération judiciaire pour les dettes contractées *avant* son immatriculation en qualité d'entrepreneur, alors que celle-ci lui est facultative. Bien que la loi sur la récupération judiciaire de 2005 conditionne son application à l'exercice d'une activité entrepreneuriale de plus de deux ans (art. 48) et que le Code civil consacre la nature *constitutive* du registre (art. 966, 967 et 971), une décision récente du Tribunal supérieur de justice a retenu la nature *déclarative* dudit registre en se fondant en partie sur les énoncés n° 97 et 98 adoptés à l'issue de la 3e Journée de droit commercial (2019), qui, contrairement à l'énoncé n° 202 adopté lors de la 3e Journée de droit civil (2005), proclament la nature *déclarative* de l'immatriculation. Par conséquent, le producteur rural peut comptabiliser les années d'activité précédant son immatriculation pour justifier l'application de la loi de 2005 immédiatement après son registre en tant qu'entrepreneur (STJ, 4e T., 5 nov. 2019, REsp 1.800.032/MT, préc.).

569 Il s'agirait d'un code divisé en trois parties. Partie générale : titre I – Du droit commercial ; titre II – De la personne de l'entrepreneur ; titre III – Des biens et de l'activité de l'entrepreneur ; d) Des faits juridiques entrepreneuriaux. Partie spéciale : titre I – Des sociétés ; titre II – Des obligations des entrepreneurs ; titre III – De l'agroalimentaire ; titre IV – Du droit commercial maritime ; titre V – Des procès entrepreneurial. Partie complémentaire : dispositions finales et transitoires.

le président du Tribunal supérieur de justice a récemment affirmé que « ces journées œuvrent beaucoup, grâce au débat constant, pour l'amélioration du droit commercial au Brésil. Maintenant, les discussions sur le Code de commerce vont s'approfondir au Sénat fédéral, et il semble que le gouvernement ait intérêt à son adoption. Je suis impatient de voir les conclusions des énoncés, qui, j'en suis sûr, seront reçus par le législateur, comme ils l'ont été par la jurisprudence du Tribunal supérieur de justice[570] ».

Cette ambition doublée de l'usage des énoncés par la doctrine et par les praticiens pose nécessairement la question de leur valeur.

B. - LA VALEUR DES ÉNONCÉS INTERPRÉTATIFS

35.- D'abord dotés d'une valeur intellectuelle certaine, les énoncés interprétatifs se voient, ensuite, accordée une valeur normative inattendue.

1º La valeur intellectuelle

36.- Premièrement, les journées étant l'occasion de débats au sein de la doctrine, elles sont devenues « un thermomètre des points controversés, des principales discussions[571] ».

37.- Deuxièmement, grâce à ces journées, une rencontre est formalisée entre la doctrine et les praticiens. Les échanges entre les différentes professions ne peuvent qu'être salutaires lorsqu'il s'agit de connaître le sens et la portée des dispositions législatives, *a fortiori* dans un champ juridique déstructuré du fait de la loi.

38.- Troisièmement, ces journées ont une importance singulière devant la nécessité de reconstruire intellectuellement le droit commercial brésilien.

570 J. Otávio de Noronha, discours d'ouverture de la 3e Journée de droit commercial, préc.

571 A. Frazão, « Direito Societário », *I Jornada de direito comercial*, *op. cit.*, p. 29.

39.- Toutefois, il convient d'en relever certaines imperfections. En effet, des énoncés peuvent être peu utiles car *secundum legem* ; d'autres moins clairs et précis que la règle interprétée ; d'autres *contra legem* ou *extra legem*, d'autres encore donnant lieu à des conflits de compatibilité[572], dus à l'inflation des énoncées et à leur élaboration par des comités dont la composition est changeante. Ainsi, des énoncés de droit civil ont été approuvés pour altérer, annuler ou déclarer caduc un énoncé précédemment adopté[573]. Tel a été le cas pour des énoncés relatifs à des dispositions du Code civil régissant le droit de l'entreprise[574] ou les obligations.

En toute hypothèse, il existe une réelle valeur intellectuelle. Elle est complétée par une valeur normative nouvelle.

2º La valeur normative

40.- En principe, les énoncés interprétatifs ne lient pas les juges[575]. Aucune source législative ne les habilite. D'ailleurs, le Conseil de la justice fédérale rappelle systématiquement leur caractère non contraignant qui est inscrit dans le règlement des journées de droit civil et de droit commercial.

41.- Toutefois, leur utilisation par les avocats et les magistrats interroge quant à la réalité de leur caractère non contraignant. Souvent, leur applicabilité n'est pas discutée devant le juge, leur invocation par le magistrat se faisant naturellement au même titre que la loi[576]. Aussi,

572 Pour un exemple, v. *supra*, note 47.

573 Pour une critique, L. L. Streck, « Enunciado cancela enunciado: uma "jurisdição enunciativa"? Quo vadis? », *Revista Consultor Jurídico* 14 sept. 2017, disponible sur [https://www.conjur.com.br].

574 À titre d'exemple, les énoncés suivants de la 1re Journée ont été modifiés par la 3e Journée : no 56, annulé par le no 235 (art. 970 et 1179 C. civ. – droit des sociétés) ; no 64, annulé par le no 234 (art. 1148, droit de l'entreprise) ; no 90, modifié par le no 246 (art. 1331, droit des choses) ; no 123, préjudiciée par le no 254 (art. 1573, droit de la famille).

575 Voir les décisions citées *infra*, note 56.

576 Par. ex. : STJ, 4e T., 5 nov. 2019, REsp 1.800.032/MT, préc. ; 3e T., 2 avr. 2019, REsp 1.799.627/SP, préc. ; 3e T., 2 avr. 2019, REsp 1.700.487/MT, préc. ; 3e T., 19 mars 2019, REsp. 1.581.075/PA, préc.

la rareté de décisions mettant à l'écart un énoncé interprétatif[577] laisse songeur : leur autorité est-elle suffisante pour qu'un juge ne puisse les rejeter ? Ce serait alors consacrer une source inédite du droit contemporain : l'autorité de la chose interprétée par la doctrine.

Or, cela n'était pas l'objectif initial. Selon le promoteur des journées de droit civil, le regretté ministre Ruy Rosado de Aguiar Júnior, les énoncés ne devraient constituer qu'une *indication interprétative*[578]. En effet, ils ne sont que le résultat du compromis d'un groupe de juristes. Leur rédaction finale est d'ailleurs souvent très différente de la proposition initiale. Cependant, cette évidence est aujourd'hui remise en cause. Les énoncés acquièrent une forte autorité auprès des juges. Le Tribunal supérieur de justice le reconnait lui-même : si les énoncés ne sont pas contraignants, ils exercent néanmoins une « influence persuasive[579] ». Ce tribunal va même plus loin et fonde ses interprétations *contra legem* sur des énoncés interprétatifs[580].

Rappelons-nous, cependant, la sagesse de l'ancien Code de commerce qui consacrait les usages comme droit subsidiaire en cas de lacunes législatives[581] et comme critère général d'interprétation des contrats commerciaux (art. 130 et 131, nº 4)[582] et des conditions et des

577 Quelques décisions du Tribunal supérieur de justice ont rejeté des recours fondés sur l'énoncé no 66 adopté par la 1re Journée de droit de la procédure civile, car contraire à la jurisprudence de ce tribunal (STJ, 2e T., 7 déc. 2017, AgInt dans le REsp 1.664.165/TO, *DJe* 19 déc. 2017 ; 4e T., 10 avr. 2018, AgInt dans le REsp 1.546.979/SP 2015/0191592-6, *DJe* 16 mai 2018 ; 4e T., 22 mai 2008, AgInt dans le AREsp 1.241.261/PR 2018/0022789-2, *DJe* 4 juin 2018 ; 6e T., 24 sept. 2018, AgRg dans le RMS 56887/SP 2018/0056281-5, *DJe* 4 oct. 2018). Une autre décision n'a pas appliqué l'énoncé 119 adopté par la 1re Journée de droit civil, puisque contraire à l'article 2004 du Code civil et à la règle de droit transitoire *tempus regit actum* (STJ, 4e T., 12 déc. 2017, préc.).

578 R. R. de Aguiar Júnior, « As jornadas de direito civil », préc., p. 16.

579 V. les décisions citées *supra*, note 56.

580 STJ, 3e T., 21 août 2014, REsp 1.133.459/RS, *DJe* 3 sept. 2014 ; 3e T., 27 avr. 2017, 1.630.851/SP, *DJe* 22 juin 2017 ; 3e T., 21 nov. 2017, EDcl dans le REsp 1.630.851, *Dje* 15 févr. 2018.

581 Art. 2o du règlement no 737 de 1850. À titre d'exemple, les dispositions suivantes du Code de 1850 peuvent être indiquées : art. 96, 129, 154, 168, 179, 186, 197, 201, 207, no 2, 291, 424, 620 et 750.

582 Ces dispositifs ont jeté les bases d'une interprétation des contrats commerciaux selon les usages et les pratiques du commerce. Ces critères d'interprétation

clauses du contrat d'assurance maritime (art. 673, nº 3). Il ne reste alors qu'à espérer qu'au lieu de privilégier systématiquement les énoncés, les avocats et les juges se souviennent de l'existence, d'une part, de l'article 2, § 1 de la loi de 1976 sur les sociétés par actions, selon lequel ces sociétés sont régies par « les lois et les usages du commerce », et, d'autre part, de l'article 4 de la loi d'introduction aux normes du droit brésilien de 1942, qui les autorise toujours, et de façon générale, à recourir aux coutumes en cas de lacune des textes. Par ailleurs, le recours substantiel aux usages au sein du nouveau droit des contrats unifié, notamment pour les contrats d'espèce d'origine commerciale, témoigne assurément de la permanence de la commercialité en droit brésilien[583]. Leur invocation par les praticiens participerait davantage à une reconstruction solide du droit commercial.

42.- Aussi, la mise en œuvre d'un énoncé peut être problématique. Prenons l'exemple de l'application faite par une cour d'appel[584] de l'énoncé nº 169 pour interpréter l'article 422 du Code civil, qui dispose que « les contractants sont obligés d'obéir, tant dans la conclusion du contrat que lors de son exécution, aux principes de la probité et de la bonne foi ». L'énoncé nº 169, adopté en 2004 lors de la 3e Journée de droit civil, prévoit que « le principe de la bonne foi objective doit conduire le créancier à éviter d'aggraver sa propre perte ». Or, l'obligation de minimiser les pertes n'était pas connue du droit positif brésilien. Elle apparait d'abord en doctrine puis en 2014 par l'adhésion du Brésil à la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. La généralisation de cette obligation par la jurisprudence à partir d'un canon d'interprétation formulé par un cercle de juristes ayant pour base des textes internationaux qui n'étaient pas en vigueur au Brésil prend le justiciable de court. En effet, le juge lui impose une inflexion

fonctionnent objectivement et sont supérieurs à l'intelligence qu'on prétend prêter aux mots.

583 V. G. Cerqueira et K. Magnier-Merran, « Les usages du code civil brésilien. À la recherche de la commercialité perdue » (à paraître).

584 V. par ex., CA Rio Grande do Sul, 20 mai 2009, n° 70025609579, *Prakasa Indústria e Comércio Ltda.*

au principe de la réparation intégrale du dommage, dont l'existence était insoupçonnable.

Cela est d'autant plus indésirable qu'une telle insécurité juridique est préjudiciable au commerce. Or, cette insécurité est accrue par la méconnaissance qu'ont les justiciables des énoncés interprétatifs.

43.- En définitive, bien que les juges soulignent souvent dans leurs décisions que les énoncés ne sont pas dotés de force obligatoire et qu'ils n'ont qu'un caractère persuasif, ils semblent leur conférer un certain degré de normativité.

Dans un pays où la doctrine figure parmi les principales sources du droit aux yeux des juges, cela ne saurait étonner.

* *
*

44.- Les énoncés interprétatifs ont l'ambition de participer à la reconstruction du droit commercial brésilien. Faire état de la volonté des juristes brésiliens de recourir à ces énoncés interprétatifs suffit à démontrer la force vivante du droit commercial pour l'enseignement et la pratique duquel ont beaucoup œuvré les récipiendaires de ces *Mélanges*.