

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDO EM DIREITO E SOCIEDADE – IEDS
FACULDADE DE DIRETO - FADIR

RAÍSSA RODRIGUES BARREIRA

TEORIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Análise e releitura a partir do paradigma constitucional contemporâneo

Marabá

2017

RAÍSSA RODRIGUES BARREIRA

TEORIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Análise e releitura a partir do paradigma constitucional contemporâneo

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela.

Orientador: Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Marabá

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA. Marabá, PA

Barreira, Raíssa Rodrigues

Teoria das fontes do direito empresarial: análise e releitura a partir do paradigma constitucional contemporâneo / Raíssa Rodrigues Barreira ; orientador, Hirohito Diego Athayde Arakawa. — 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2017.

1. Direito empresarial - Fontes. 2. Positivismo jurídico. 3. Direito - Filosofia. 4. Direito - Fontes. I. Arakawa, Hirohito Diego Athayde, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 342.2

RAÍSSA RODRIGUES BARREIRA

TEORIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Análise e releitura a partir do paradigma constitucional contemporâneo

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela.

Marabá/PA, 14 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Hirohito Diego Athayde Arakawa

Prof. Ms. Júlio César Sousa Costa

Prof. Ms. Rodrigo Lagares

Conceito: _____

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade apresentar uma releitura da teoria das fontes do Direito, e em especial, do Direito Empresarial, a partir do novo paradigma da Constitucionalização do Direito. As correntes de pensamento jusfilosóficas do positivismo exegético e normativista influíram fortemente na construção dos conceitos de fontes do Direito através da história e nota-se que a atual percepção de fontes do Direito Empresarial não se coaduna com o atual paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988, levado a efeito pelo avanço da corrente pós-positivista. Com o fito de demonstrar a necessidade de tal releitura, foi realizada análise do desenvolvimento histórico das fontes deste ramo do Direito, desde a ascensão do comércio na Idade Média, até a edição do Código Civil de 2002 com a aderência à teoria da empresa, bem como foi realizada análise do atual posicionamento da pátria doutrina empresarialista sobre o tema das fontes. Foi constatado que grande parte dos doutrinadores ainda exterioriza concepções harmoniosas com a corrente jusfilosófica positivista normativista. Assim, considerando a importância de uma correta compreensão de fontes para uma fidedigna aplicação do Direito, atenta às peculiaridades de cada caso concreto, visando a efetivação da justiça e, igualmente, considerando o surgimento do movimento neoconstitucional ligado às concepções pós-positivistas, vê-se necessária a releitura das fontes do Direito como um todo, e especialmente do Direito Empresarial. Sob esta perspectiva é proposto um novo olhar sobre o patamar de fontes dos princípios, leis em geral, doutrina, jurisprudência, súmulas, tratados internacionais, analogia e costumes. Outrossim, a metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, em que se buscou identificar as doutrinas, jurisprudências e trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema.

Palavras-chave: Fontes do Direito Empresarial; Pós-positivismo; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This work aims to present a re-reading of the theory of the sources of Law, and especially of Business Law, from the new Constitutionalisation of the Law paradigm. The jusphilosophical currents of thought of the exegetical and normativist positivism strongly influenced in the construction of the concepts of sources of Law through history and it is noticed that the current perception of sources of the Business Law does not fit in with the present paradigm brought by the Brazilian Constitution of 1988, carried out by the advancement of the post-positivist current. In order to demonstrate the need for such re-reading, an analysis was made of the historical development of the sources of the Business Law, from the rise of commerce in the Middle Ages, to the Brazilian Civil Code of 2002 with adherence to the Italian “teoria dell'azienda”, furthermore, was made the analysis of the current positioning of the fatherland entrepreneurial doctrine on the theme of sources of Business Law. It was found that a great part of the doctrinaires still exteriorizes harmonious conceptions with the current normative positivism. Considering the importance of a correct understanding of sources for a reliable application of law, attentive to the peculiarities of each specific case, aiming at the effectiveness of justice, and also considering the emergence of the neoconstitutional movement linked to post-positivist conceptions, It is necessary to re-read the sources of Law as a whole, and especially Business Law. From this point of view, a new perspective is proposed on the sources of principles, laws in general, doctrine, case law, precedents, international treaties, analogy and customs. In addition, the research methodology used was the literature review, in which it was sought to identify the most relevant doctrines, judicial precedents and scientific works on the subject.

Keywords: Sources of Business Law; Post-positivism; Neo-constitutionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 ANÁLISE HISTÓRICA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL	09
2.1. AS FONTES À ÉPOCA DAS CORPORações DE OFÍCIO.....	09
2.2. AS FONTES À ÉPOCA DOS ATOS DE COMÉRCIO.....	12
2.3. AS FONTES À ÉPOCA DA TEORIA DA EMPRESA.....	17
3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL	21
3.1. PERFIL DOS DOUTRINADORES E SUA DEFESA DE TEORIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL.....	21
3.2. PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS DEFENDIDOS.....	36
4 LEITURA HERMENÊUTICO-CONTEMPORÂNEA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL	38
4.1. PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	38
4.2. AS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL A PARTIR DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO.....	42
4.3. ANÁLISE CRÍTICA À ATUAL CONCEPÇÃO DE FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL EXPRESSA PELA DOUTRINA.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O estudo das fontes do Direito¹ não deve ser subestimado.

A forma como nós as compreendemos molda a aplicação do Direito, influenciando, diretamente, no próprio funcionamento do sistema jurídico e na busca por soluções a serem oferecidas aos litígios reais.

Uma deturpada concepção de fontes pode gerar malefícios a toda uma sociedade, de modo que pode atravancar a proteção de direitos, oferecer soluções incompatíveis aos casos concretos e assim, inviabilizar a efetivação da justiça social.

Neste passo, o presente trabalho tem por objetivo apresentar uma análise do desenvolvimento histórico e da configuração doutrinária da teoria das fontes do Direito Empresarial, seguido da sua releitura, a partir do novo paradigma introduzido pelo neoconstitucionalismo.

Sabe-se que o movimento neoconstitucional atribuiu força normativa à Constituição e vem incorporando cada vez mais vigor, transformando, pouco a pouco, os velhos Estados impregnados pela lógica do positivismo jurídico clássico em verdadeiros Estados Constitucionais.

Muito embora este movimento já surta efeitos marcantes sobre diversas esferas do Direito, notadamente o Civil, o Direito Empresarial, em relação àquele, encontra-se a vários degraus abaixo na evolução paradigmática de fontes.

Ver-se-á que não mais se justifica a atual – e ultrapassada – concepção de fontes do Direito Empresarial, e, para que isso fique demonstrado, esta pesquisa se debruçará sobre as doutrinas pátrias, bem como examinará as transformações histórica pelas quais este ramo do Direito passou até a contemporaneidade.

Em suma, este trabalho buscará respostas a questionamentos como:

1) *Qual é o atual posicionamento da doutrina acerca da teoria das fontes do Direito Empresarial e o que há nele de conflitante com a atual conjuntura neoconstitucional?;*

2) *De que forma a Constituição Federal de 1988 influi no Direito Empresarial a partir da visão pós-positivista?;*

3) *Qual o papel da lei, dos princípios, da doutrina, da analogia, dos costumes, da jurisprudência e das súmulas para o Direito Empresarial a partir deste novo paradigma?*

¹ Cumpre destacar que, neste trabalho, a palavra “Direito” será empregada com a letra inicial maiúscula, sempre que se referir às **disciplinas** – como “Direito Empresarial” e “Direito Civil” – ou ao **conjunto ou sistema de regras que rege uma sociedade**.

Para atingir os objetivos propostos, a metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, em que se buscou identificar as doutrinas, jurisprudências e trabalhos científicos mais relevantes sobre o tema.

Para tanto, o trabalho será estruturado em três capítulos.

No primeiro, serão demonstradas as – já muito conhecidas pelos empresarialistas – fases históricas do Direito Empresarial, sob o ângulo do desenvolvimento da teoria das fontes, desde a primazia dos costumes, até a primazia da lei, com atenção detalhada a influência exercida pelo positivismo exegético e normativista.

Ademais, se verá que as correntes jurídico-filosóficas que se instalam em cada contexto histórico surtem efeitos diretos na concepção de fontes do Direito.

No segundo capítulo, será demonstrada a perspectiva de dezesseis doutrinadores pátrios a respeito da teoria das fontes do Direito Empresarial, cada qual com sua defesa e ao final, uma tabela reunirá os principais entendimentos defendidos para que fique clara a atual concepção de fontes que impera sobre a doutrina empresarialista brasileira.

E, por fim, no terceiro capítulo, abordaremos o desenvolvimento das concepções pós-positivistas e o conseqüente surgimento do movimento neoconstitucional como fundamentos para a mudança de paradigma e a necessária releitura das fontes do Direito como um todo, e especialmente do Direito Empresarial sob a perspectiva da Constitucionalização do Direito.

Neste capítulo final será proposta a releitura do papel dos princípios, das leis, medidas provisórias, súmulas vinculantes e não vinculantes, jurisprudência, doutrina, analogia e costumes, enquanto fontes do Direito Empresarial, para então proceder com a análise crítica do atual posicionamento da doutrina a respeito do tema.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DAS FONTES² DO DIREITO EMPRESARIAL

Caracterizado pela “*permuta, compra e venda de produtos ou valores; mercado, negócio*”³, o comércio, surgido em tempos imemoriais e como consequência natural das relações humanas, foi o exórdio do Direito Empresarial contemporâneo.

Assim, a história compreendida entre o desenvolvimento do comércio, até a atualidade, é dividida em três fases, repetidamente narradas pela doutrina e que aqui, ganham um novo olhar, a partir da análise do desenvolvimento e evolução das fontes.

Vale dizer que as três fases manifestam, cada uma, um marco na história do Direito Empresarial, a saber, a criação das denominadas **corporações de ofício** – primeira fase –, a instituição dos **atos de comércio** – segunda fase – e, por último, o desenvolvimento da **teoria da empresa** – terceira fase.

Cumprir destacar, ainda, antes de adentrar mais profundamente no tema, que o termo Direito *Empresarial* só passou a convenientemente denominar este ramo do Direito no Brasil, com o advento da terceira fase, após a adoção da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002. Assim, quando se trata das transformações ocorridas antes disso, muito mais sentido se faz referir-se a um Direito *Comercial*.

A seguir, veremos mais atentamente o percurso e evolução das fontes do Direito Empresarial, através dos marcos históricos retrocitados.

2.1. AS FONTES À ÉPOCA DAS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO

A partir do século X, em plena Idade Média, a agricultura deixa de ser atividade econômica principal, e as atenções são voltadas ao comércio, que passa a tomar forma definida e a difundir-se por todo o mundo, principalmente pelas vias marítimas.

A primeira fase do então “Direito Comercial” inicia neste período, a que foi dado o nome de **renascimento comercial** que, a partir do século XI, inaugurou definitivamente a Baixa Idade Média, que se estendeu até o século XV.

² As “fontes do Direito” são reconhecidas tanto como os **fatores** que servem como base para a construção do ordenamento jurídico – chamadas fontes *materiais* –, quanto como as **formas** através das quais o Direito se manifesta – chamadas fontes *formais*. Por exemplo, os fatores sociais, culturais, históricos, políticos e econômicos, que exercem influência na elaboração das normas jurídicas, são fontes *materiais* enquanto que a jurisprudência, as súmulas, a doutrina, a lei, os princípios, os costumes ou qualquer outro meio ou instrumento pelo qual o Direito se exterioriza, são fontes *formais*.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa**. 7ª ed., Curitiba: Positivo, 2008, p. 247.

Em razão do cunho itinerante das atividades dos comerciantes da época, estes se fixaram às margens dos feudos, dando origem aos burgos e vilas⁴, fortalecendo cada vez mais a importância dos núcleos urbanos para a economia.

Diante dessa nova realidade, como já era de se esperar, inexistia qualquer ordenamento capaz de regular aquela dinâmica mercantil que se desenvolvia. Assim, não demorou até que esse novo sujeito – o comerciante – se organizasse em torno de uma lógica jurídica com o fim de ordenar a mercancia.

Sobre o assunto, aponta Cássio Machado Cavalli⁵:

A nova atividade econômica desenvolvida pelos comerciantes – que, como se disse, destoava das atividades econômicas comuns da época, – não encontrava no fragmentário direito medieval regras aptas a regulá-la. Eis o motivo da necessidade de novos instrumentos jurídicos aptos a instrumentalizar a atividade que nascia; (p. 10)

Dessa conjuntura, as *fontes* utilizadas na criação do Direito do comércio, foram os **usos e costumes** dos próprios mercadores.

Assim, nas palavras de Antônio Menezes Cordeiro, “*os mercadores, por via consuetudinária ou através de seus organismos, criaram e aperfeiçoaram normas próprias, para reger a sua profissão e os seus interesses*”⁶.

Cumprir destacar que a este Direito surgido a partir da necessidade de se regular as relações mercantis, também se emprega a expressão latina “*ius mercatorum*”.

Francesco Galgano⁷ muito bem explicita:

A expressão possui um significado especial: mais do que referir-se a um ramo de direito, significa um modo particular de criar direito. Chama-se *ius mercatorum* porque foi criado pela classe mercantil, e não porque regula a actividade dos comerciantes. (p. 41)

Assim, os mercadores desenvolveram as chamadas **corporações de ofício**, compostas por cada especialidade de comerciante – artesãos, ferreiros, carpinteiros, tecelões, entre outros

⁴ MACHADO, Fernanda. **Renascimento comercial e urbano: Surgem os burgos e a burguesia**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/renascimento-comercial-e-urbano-surgem-os-burgos-e-a-burguesia.htm>> Acesso em 01/02/2017.

⁵ CAVALLI, Cássio Machado. **Direito Comercial: Passado Presente e Futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2012, p. 10.

⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Comercial, v. 1**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 28.

⁷ GALGANO, Francesco. **História do direito comercial** – Tradução de João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990, p. 41.

– e organizadas pelos já citados usos e costumes que paulatinamente tomavam forma de regramento.

Tais regramentos eram aplicados pelos cônsules, espécies de juízes, que atuavam no âmbito dos tribunais consulares existentes em cada corporação.

Assim, além dos **usos e costumes**, também eram fontes do *ius mercatorum*, **os estatutos das corporações mercantis** e a **jurisprudência** criada pelos supracitados cônsules.

Sobre a dinâmica de criação de tais fontes, Galgano discorre⁸:

O costume nascia da constante prática contratual dos comerciantes: as modalidades consideravam vantajosas convertiam-se em direito; as cláusulas contratuais transformavam-se, uma vez generalizadas, no conteúdo legal dos contratos. Por último, os comerciantes designados pela corporação compunham os tribunais que decidiam as controvérsias comerciais. (p. 40)

Veja-se que a partir de simples hábitos comerciais, se derivaram outras fontes mais complexas, a fim de atender as demandas existentes no âmago daquelas relações mercantis que se desenvolviam.

Ademais, esta fase inicial do Direito Comercial se caracteriza pela **subjetividade**, uma vez que os regramentos oriundos das fontes mencionadas eram aplicados tão somente àqueles comerciantes associados a uma corporação.

Cumprе ressaltar que este novo Direito que surgia, estabeleceu-se como um ramo autônomo do Direito Privado, sem qualquer influência do Direito Público, dada a não intervenção de qualquer poder regulador sobre a atividade mercantil.

Diga-se de passagem, que a própria concepção de Estado, como entidade soberana que governa um povo, não era bem definida à época. Em verdade, o poder político existente no medievo reservava-se ao papel de mero administrador do Direito Público, firmando, em consequência, a sua incompletude frente à regulação das relações entre os particulares.

Como visto, este panorama jurídico medieval possibilitou que diversos ordenamentos bem estruturados fossem criados pelos próprios particulares, como exemplo, as corporações de ofício. Este Direito “vulgar” abarcava, além da matéria comercial, a matéria civil, agrária, entre outras. Cavalli⁹ ainda diz que:

Os diversos ordenamentos que conformavam o direito vulgar eram denominados **particularismos** e relacionavam-se profundamente com o **local** em que se

⁸ Ibidem, p. 40.

⁹ CAVALLI, Cássio Machado. Op., cit., p. 09.

afirmavam, motivo pelo qual gozavam de uma relativa **autonomia** não somente entre si, mas também em relação ao poder político. (Grifos do autor) (p. 09)

Da análise dessas informações, se percebe que a separação entre Direito Público e Privado era muito marcante à época, de modo que o Estado não intervinha nas relações envolvendo interesses de particulares entre si.

Ademais, vale dizer que a matéria comercial, à medida que se desenvolvia, distanciava-se dos regramentos existentes sobre a matéria cível, considerando que a ideia civilista de *contrato* à época – fortemente pautada no ideário romano –, era intimamente ligada à ideia de propriedade, assim, só se contratava para *adquirir* ou *transferir* alguma coisa. A atividade mercantil, por sua vez, por se expressar de forma muito mais complexa, extrapolava os limites do contrato cível clássico.

Conforme as lições de Galgano, “*o ius mercatorum liberta o contrato da propriedade, atribuindo-lhe uma função própria: o contrato converte-se em negócio, em acto de especulação*”¹⁰.

Aqui, se observa o prelúdio do que seria a separação entre esses dois grandes ramos do Direito, Civil e Empresarial.

Entretanto, novas transformações logo ocorreriam neste cenário. A ascensão das monarquias absolutistas provocaria descontentamento tal que faria eclodir no final do século XVII a Revolução Francesa e é nesta conjuntura que se conforma a próxima fase de desenvolvimento do Direito Empresarial.

2.2. AS FONTES À ÉPOCA DOS ATOS DE COMÉRCIO

Com o declínio da Idade Média e a formação das grandes monarquias europeias, a segunda fase do Direito Empresarial se inicia e com ela se percebe expressiva transformação quanto às fontes que o norteiam.

Neste período, observou-se a concentração, nas mãos dos monarcas absolutistas, não só do poder político, mas também do poder de impor e aplicar o Direito.

Em outras palavras, André Luiz Santa Cruz Ramos¹¹:

¹⁰ GALGANO, Francesco. Op., cit. p. 43.

¹¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito comercial ou direito empresarial? Notas sobre a evolução histórica do *ius mercatorum***. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/540558> Acesso em: 01/02/2017, p. 03.

No ocaso do período medieval, surgem no cenário geopolítico mundial os grandes Estados Nacionais monárquicos. Estes Estados, representados na figura do monarca absoluto, vão submeter aos seus súditos, incluindo a classe dos comerciantes, um direito posto, em contraposição ao direito comercial de outrora, centrado na autodisciplina das relações comerciais por parte dos próprios mercadores, através das Corporações de Ofício e seus juízos consulares. (p.03)

Como exemplo do poder exercido sobre o Direito Comercial, Cavalli aponta que o soberano, entre outras determinações, “*ditava o número de membros das corporações, impunha severos limites à produção, controlava as grandes companhias, estabelecia incentivos fiscais, fixava os preços máximos e outros procedimentos*”¹².

Dessa forma, observa-se que houve uma brusca mudança no modo de se tratar o ordenamento, uma vez que o Direito Privado, ou como chamado na primeira fase, Direito *vulgar*, não é mais criado *pelos e para* os particulares, mas sim regulado e aplicado pelo Estado.

Galgano é claro¹³:

A classe mercantil deixa de ser artífice do seu próprio direito. O direito comercial experimenta uma dupla transformação: o que foi direito de classe transforma-se em direito do Estado; o que foi direito universal converte-se em direito nacional. (p. 56)

Entretanto, com o declínio do poder dos absolutistas e a efervescência da revolução francesa, Napoleão Bonaparte, em 1804, torna-se imperador e com total poder em mãos, formula uma nova forma de governo e também novas leis¹⁴.

As *fontes* oriundas da primeira fase, a saber, os **usos e costumes**, os **estatutos das corporações mercantis** e a **jurisprudência** dos tribunais consulares, são então utilizadas como base para a elaboração do Código Comercial de 1808, na França, que passa a ser a fonte primordial deste ramo do Direito.

Aqui, frisa-se, que houve a criação de leis pelo Estado – materializadas pelos Códigos –, que são alocadas como fonte principal do Direito. Ou seja, **a teoria, ou concepção de fontes**, neste ponto, transforma-se.

Ademais, ressalta-se que esta codificação dividiu o Direito Privado em dois grandes ramos: Civil e Comercial. Apartado do Código Comercial napoleônico encontrava-se o Código Civil, editado alguns anos antes, em 1804.

¹² CAVALLI, Cássio Machado. Op., cit., p. 27.

¹³ GALGANO, Francesco. Op., cit., p. 56.

¹⁴ **Napoleão Bonaparte – Biografia**. Disponível em <<http://www.suapesquisa.com/biografias/napoleao.htm>> Acesso em 02/02/2017.

De acordo com André Luiz Santa Cruz Ramos, o Código Civil francês era, essencialmente, *“um corpo de leis que atendia os interesses da burguesia fundiária, pois estava centrado no direito de propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial, valorizando a riqueza mobiliária”*¹⁵.

Percebe-se que esta divisão teve suas raízes fincadas na fase anterior, onde já se percebeu a impossibilidade de se aplicar os regramentos já existentes sobre a matéria cível, às relações comerciais.

Ademais, desta divisão surge a necessidade de se especificar o âmbito de ingerência de cada ramo, já que distintos, e assim, a **teoria dos atos de comércio** foi adotada como critério objetivo de incidência do Direito Comercial.

No que tange a dinâmica desta teoria, Fábio Ulhoa Coelho assevera¹⁶:

De acordo com este sistema, classificavam-se as relações que hoje em dia são chamadas de direito privado em civis e comerciais. Para cada regime, estabeleceram-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial era feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio. Sempre que alguém explorava atividade econômica que o direito considera ato de comércio (mercancia), submetia-se às obrigações do Código Comercial (a obrigação de escriturar seu movimento econômico, por exemplo) e passava a usufruir da proteção por ele liberada (utilização da escritura mercantil como prova em processos judiciais). (p.12)

Desse modo, a **teoria dos atos de comércio**, elencava quais atos eram típicos de comerciantes, e este era o pressuposto de aplicação do Código Comercial. Os demais atos, portanto, eram regulados pelo Código Civil.

Veja-se que, neste período, o **objetivismo** trazido pela edição dos Códigos franceses substituiu o **subjativismo** do sistema corporativista derivado dos usos e costumes, presente na primeira fase de desenvolvimento do Direito Empresarial.

No Brasil, foi no ano de 1850 que o critério de identificação do âmbito de ingerência do Direito Comercial se desvinculou formalmente do critério subjetivo ligado ao **sujeito** – comerciante filiado a alguma corporação – para ligar-se ao **objeto** – atos ou ações típicas do comércio –, instalando-se então, também em solo brasileiro, a referida teoria.

Materialmente, isto se deu com a enumeração legal dos atos de comércio pelo Regulamento nº 737, mais precisamente nos artigos 19¹⁷ e 20¹⁸. Não se pode olvidar, aliás,

¹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op., cit., p. 04.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 28. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 12.

¹⁷ Art. 19. Considera-se mercancia:

que o Direito Empresarial brasileiro, à época, era regido em sua maior parte pelo Código Comercial (Lei nº 556/1850).

2.2.1. A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO EXEGÉTICO SOBRE AS FONTES À ÉPOCA DOS ATOS DE COMÉRCIO

Os Códigos napoleônicos de 1804 e 1808, trouxeram à tona a chamada escola da Exegese que representou um grande marco não só para a história do Direito Empresarial, mas para toda a história do Direito como um todo.

Seus defensores pregavam a **teoria da plenitude da lei**, reduzindo o Direito à lei escrita, em razão desta prever em seu corpo, os princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes e imutáveis sustentados pela escola **jusnaturalista**¹⁹.

Iara Menezes Lima²⁰, aponta os fundamentos em que se assentava esta escola. Vejamos:

(...) 1º) a riqueza da legislação, a partir da promulgação dos códigos, torna praticamente impossível a existência de lacunas; 2º) na hipótese de lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos fornecidos pela analogia; 3º) a interpretação tem como objetivo investigar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), tendo em vista ser este o autor da lei. (p. 111)

Vê-se que esta teoria foi criada em contraposição aos regimes absolutistas ainda limitados pelo Direito Canônico e atados ao arbítrio do rei.

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. (Vide Decreto nº 1.102, de 1903)

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio marítimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios.

¹⁸ Art. 20. Serão também julgados em conformidade das disposições do Código, e pela mesma forma de processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante:

§ 1º As questões entre particulares sobre titulos de divida publica e outros quaesquer papéis de crédito do Governo (art. 19 § 1º Tit. unico Codigo).

§ 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja à sua natureza e objecto (art. 19 § 2º Tit. unico Codigo).

§ 3.º As questões que derivarem de contratos de locação com-prehendidos na disposição do Tit. X Parte I do Codigo, com excepção sómente das que forem relativas á locação de prédios rústicos e urbanos (art. 19 § 3º Tit. unico Codigo).

§ 4º As questões relativas a letras de cambio, e de terra, seguros, risco, e fretamentos.

¹⁹ DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050> Acesso em: 22 nov. 2016.

²⁰ LIMA, Iara Menezes. **Escola da Exegese**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 97, jan. a jun. de 2008, p. 111.

Quanto ao papel do juiz diante do positivismo exegético, Hugo Garcez Duarte diz que *“tal concepção reduziu o juiz ao papel de burocrático aplicador de leis, encarando o ordenamento jurídico como um “catálogo”, dotado da previsão de todos os fatos ocorridos e que viessem a ocorrer na sociedade, que com sua consecução subsumir-se-iam a ele”*²¹.

Desse modo, o positivismo exegético tentou aproximar a ciência do Direito cada vez mais a uma ciência **exata, lógica e imparcial**.

Ademais, a concepção de atos de comércio apresentada alhures, é claramente derivada das concepções trazidas por esta escola. A catalogação de atos **exatos e sem margem à interpretação** como aqueles presentes nos artigos 19 e 20 do Regulamento nº 737 exprimem perfeitamente a área do positivismo exegético.

Observa-se, ainda, que esta escola limitou o progresso da **doutrina** e da **jurisprudência** enquanto fontes, de modo que se deveria recorrer somente à **lei** – materializada nos Códigos –, quando da aplicação do Direito.

Outrossim, no auge do positivismo exegético, que conquistou adeptos para muito além da fronteira da França, de acordo com François Geny, citado por Iara Menezes Lima²²:

(...) a interpretação da norma jurídica se realiza tão-somente através da exegese dos textos de lei, chegando ao extremo de sustentar que o juiz deve se abster de julgar nas hipóteses de lacuna, bem como quando existe mais de uma lei aplicável ao caso concreto, em sendo as mesmas contraditórias entre si. (p. 108)

Assim, nota-se que o grande problema dessa teoria jurídica jazia sobre a sua maior característica, a saber, a falta de maleabilidade, ou capacidade de atender a todas as demandas cotidianas, visto que a literalidade da lei não era suficiente para abarcar toda uma sorte de possibilidades advindas dos casos concretos.

Percebe-se que esta teoria ia à contramão da própria natureza do Direito, enquanto fenômeno social mutante.

Vale dizer que não demoraria até que a **teoria dos atos de comércio** demonstrasse a sua incompletude, considerando que não só o comércio continuaria a se desenvolver, como outras atividades paralelas passariam a existir, como a indústria e os bancos.

Desse modo, notadamente com o advento da Revolução Industrial e o crescente desenvolvimento do capitalismo, esta segunda fase marcada pela teoria dos atos de comércio

²¹ DUARTE, Hugo Garcez. Op., cit. p. 01.

²² GENY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**, T.I, p. 24-25, apud LIMA, Iara Menezes. **Escola da Exegese**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 97, jan. a jun. de 2008, p. 108.

e pela concepção positivista exegética, veio a declinar, demonstrando a sua inaptidão em face da ausência de normas capazes de regular as demais atividades econômicas que despontavam.

Assim, “*ultrapassados por completo os condicionantes econômicos, políticos e históricos que ambientaram sua formulação, a teoria dos atos de comércio acabou revelando suas insuficiências para delimitar o objeto do Direito Comercial*”²³.

Sobre este panorama, Ulhoa²⁴ ainda conclui que “*a insuficiência da teoria dos atos do comércio forçou o surgimento de outro critério identificador do âmbito de incidência do Direito Comercial: a teoria da empresa*” e é este novo critério que dá início a terceira e atual fase do Direito Empresarial, onde se percebe uma nova transformação no paradigma de fontes do Direito.

2.3. AS FONTES À ÉPOCA DA TEORIA DA EMPRESA

Como desdobramento das angústias trazidas pelo declínio da segunda fase, desenvolve-se a **teoria da empresa**, que suprime o critério dos atos de comércio, para dar espaço a aceção de **atividade econômica organizada**, identificando a figura do *empresário*, sobre o qual incide o ordenamento empresarial. Inaugura-se, assim, a terceira fase.

Cavalli²⁵, sobre esta transformação esclarece que “*a doutrina, ao tentar explicar a empresa enquanto ato de comércio, percebeu que ela não consistia em um ato isolado, mas sim em um conjunto de atos coordenados, ou seja, uma atividade*”.

Percebe-se que a **doutrina**, neste ponto, exerceu um papel importante, uma vez que trouxe possíveis soluções ao descontentamento em relação à teoria anterior.

A teoria da empresa foi formalmente materializada pelo Código Civil italiano de 1942, mais precisamente em seu artigo 2082, que trouxe a seguinte redação: “*E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*”²⁶.

Sobre as mudanças que esta nova concepção trouxe ao Direito Empresarial, Fábio Ulhoa Coelho²⁷, disserta:

²³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op., cit., p. 28.

²⁴ Ibidem, p. 13.

²⁵ CAVALLI, Cássio Machado. Op., cit., p. 108-110.

²⁶ “*É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim da produção ou troca de bens ou de serviços*”.

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op., cit., p. 28.

Em 1942, na Itália, surge um novo sistema de regulação das atividades econômicas dos particulares. Nele, alarga-se o âmbito de incidência do Direito Comercial, passando as atividades de prestação de serviços e ligadas à terra a se submeterem às mesmas normas aplicáveis às comerciais, bancárias, securitárias e industriais. Chamou-se o novo sistema de disciplina das atividades privadas de teoria da empresa. (p. 28)

Ademais, em face da complexidade que as relações socioeconômicas internalizavam na época, tornou-se cada vez mais difícil delimitar o âmbito de aplicação dos Códigos Civil e Comercial, que em diversas ocasiões se confundia.

Por isso, o tema da unificação do Direito Privado também entrou na pauta das discussões dos juristas e concretizou-se em diversos países, inclusive no Brasil, com a revogação da Lei nº 3.071 de 1916 e da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, pelo novo Código Civil de 2002 que reuniu as matérias Civil e Empresarial em um mesmo diploma, vigente até hoje.

O artigo 966 do atual Código Civil incorporou a nova teoria e tem redação idêntica – salvo o estilo da escrita – à do artigo 2082 do Código Civil italiano. Vejamos: “*Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”²⁸.

2.3.1. A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO NORMATIVISTA SOBRE AS FONTES À ÉPOCA DA TEORIA DA EMPRESA

O surgimento da teoria da empresa é contemporâneo a uma nova e complexa concepção de positivismo que substituiu a escola da exegese. Hans Kelsen, jurista e filósofo austríaco, é o grande nome por trás desta nova concepção jusfilosófica a que foi denominada **positivismo normativista**.

Em 1934, este autor apresenta a “Teoria Pura do Direito”, deixando claro que a *norma*²⁹ é o principal elemento do sistema jurídico e que sobre ela, não deve incidir qualquer influência das demais áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Política, a História e a Economia. Logo, isolou-se o estudo do Direito.

²⁸ BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

²⁹ Ao tratar sobre o conceito de norma, Kelsen afirma que é ela que “*empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma*”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Nas palavras do jurista³⁰:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (p. 01)

Quanto à forma de se aplicar o Direito nesta nova concepção, diferente da acentuada rigidez e do “juiz boca da lei” do positivismo exegético, Rafael Tomaz de Oliveira esclarece que “*um normativista como Kelsen (...) não exclui a possibilidade de, no momento de aplicar a norma, os juízes decidirem de mais de uma maneira (desde ajustados à “moldura da norma”)*”³¹.

Neste ponto se vê nítida a influência do **modelo normativista** sobre a **teoria da empresa**, de modo que se abandona a exatidão dos enunciados que previam os atos de comércio e adere-se um texto normativo com considerável conteúdo semântico, abrindo um leque de interpretações que levam a identificação de diferentes empresários, sempre limitados, contudo, à “moldura da lei”.

Assim, em contraposição à forte **objetividade** da teoria dos atos de comércio, a teoria da empresa mostrou-se mais eficaz, ao trazer novamente certa **subjetividade** ao critério qualificador do antigo comerciante, agora denominado empresário.

A despeito disso, no que tange ao problema das lacunas – já bem delineado à época dos atos de comércio – que demonstra a insuficiência da lei frente aos mais diversos casos concretos, Kelsen não apresenta solução efetiva, tendo em vista que defende a **completude do ordenamento**, por si só.

Conforme registrou Rafael Tomaz de Oliveira³²:

Kelsen entendia não ser possível falar em lacunas do ordenamento jurídico reivindicando, assim, uma completude para o ordenamento jurídico. A lacuna estaria na lei, mas não no ordenamento já que toda resposta a um problema normativo deveria sair do próprio direito e, mesmo que algum elemento externo fosse introduzido ao direito, passando ele pelos critérios formais de adequação ao ordenamento, ele, automaticamente, seria transformado em direito. (p. 352)

³⁰ Ibidem, p. 01.

³¹ ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 255.

³² Ibidem, p. 352.

Desse modo, apesar de propor uma espécie de interpretação da norma pelos juízes, Kelsen ainda defende um conceito muito fechado de interpretação, próximo do texto da lei e longe de aspectos valorativos e morais.

Entretanto, juristas como Norberto Bobbio, discordam de Kelsen neste ponto, apresentando, por exemplo, a *autointegração* como forma de preenchimento de lacunas³³. A respeito desta técnica se observa o uso da **analogia** e dos **princípios gerais do direito**, como fontes subsidiárias.

Ressalta-se que, em consonância a esta nova concepção de positivismo, no ano de 1942 se estabeleceu, no Brasil, o Decreto-Lei nº 4657 – a LICC: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – que consolidou em seu artigo 4º a ideia da autointegração apresentada por Bobbio, incluindo no rol de fontes integradoras, além da analogia e os princípios gerais do direito, também os **costumes**.

Da leitura do artigo, se extrai: “*Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”³⁴.

Não obstante, outras teorias começaram a surgir, de modo a questionar a racionalidade proposta pelo normativismo, bem como a distância até então existente entre o Direito – consubstanciado na norma – e o *valor*. Destarte, passa a se observar o declínio da teoria kelseniana.

Sobre este, Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo assevera³⁵:

Sem renegar o que de contribuição agregou à Ciência do Direito, o modelo positivista foi cético relativamente aos valores finais da ordem jurídica, o que certamente foi determinante ao seu declínio. Parece adequado pensar-se impossível dissociar o Direito de suas raízes sociológicas, econômicas, políticas, históricas, culturais, sob pena de apartá-lo do alcance de uma sociedade menos injusta. (p.10)

Ciente das transformações havidas no âmbito das fontes com o decorrer da história, no próximo capítulo, será demonstrado um panorama sobre a atual percepção de fontes do Direito Empresarial expressa pelos mais diversos e respeitados doutrinadores empresarialistas do país.

³³ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 286.

³⁴ Cumpre destacar que tal redação ainda vige. Nota-se, ademais, que a única alteração havida neste decreto repousa sobre a substituição da nomenclatura “Lei de Introdução ao Código Civil – LICC”, por “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB”, com o advento da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

³⁵ BORG, Maria Celia Nogueira Pinto e. **Apontamentos sobre o positivismo jurídico, sua superação e o papel do juiz diante dos princípios no modelo pós-positivista**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/11_1098.pdf> Acesso em: 07/02/2017, p. 10.

3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Antes de adentrar no mérito deste capítulo, ressalta-se que todas as doutrinas utilizadas nesta pesquisa acadêmica são posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como da edição do Código Civil de 2002³⁶.

3.1. PERFIL DOS DOUTRINADORES E SUA DEFESA DE TEORIA DAS FONTES NO DIREITO EMPRESARIAL

Os autores analisados foram: Marcelo Marins Bertoldi, Fábio Bellote Gomes, José Maria Rocha Filho, Gustavo Ribeiro Rocha, Mônica Gusmão, Vera Helena de Mello Franco, Elisabete Vido, Marlon Tomazette, Sílvio de Salvo Venosa, Cláudia Rodrigues, Fábio Ulhoa Coelho, Tarcisio Teixeira, Waldo Fazzio Júnior, André Luiz Santa Cruz Ramos, Edilson Enedino das Chagas e Ricardo Negrão.

3.1.1. MARCELO MARINS BERTOLDI

Marcelo Bertoldi é advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP e autor de variados livros jurídicos³⁷.

Seguindo a lógica de divisão das fontes entre *primárias* e *secundárias*, Bertoldi considera *primárias*: o **Código Comercial**, o **Código Civil** – na parte em que se encontra o “Direito de Empresa” –, as **leis**, **tratados internacionais** e **regulamentos**, e considera *secundárias* o **Código Civil** – nas demais partes imbuídas de conteúdo essencialmente civil –, os **usos e costumes**, a **jurisprudência**, a **analogia** e os **princípios gerais de direito**.

No que tange à aplicação da lei civil, assevera³⁸:

³⁶ Os consagrados autores de Direito Empresarial, Fran Martins e Rubens Requião, faleceram em datas anteriores à edição do Código Civil de 2002, portanto, não foram incluídos nesta pesquisa por não terem tido, em vida, contato com o referido Código.

³⁷ BERTOLDI, Marcelo Marins. **Profissionais**. Disponível em: <<http://www.marinsbertoldi.com.br/profissionais/mmb/>>. Acesso em 14 fev. 2017.

³⁸ BERTOLDI, Marcelo Marins. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50-51.

(...) o intérprete, de forma a suprir lacuna ou omissão do direito especial, deverá fazer uso da lei civil, desde que outra não seja a determinação legal. Ressalta-se que encontramos no Código Civil institutos típicos do direito comercial (...). Neste caso não se trata de utilização da lei civil de forma subsidiária, mas sim da utilização específica da lei comercial topograficamente localizada no Código Civil. (p. 50-51)

Como visto, para Bertoldi, as leis empresariais contidas no Código Civil, são fontes primárias, em face do caráter de norma específica.

3.1.2. FÁBIO BELLOTE GOMES

Fábio Bellote Gomes, doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)³⁹, em seu livro “Manual de Direito Empresarial”, discorre de forma sucinta sobre as fontes do Direito Empresarial.

O autor, ao tratar do conceito de fonte formal do Direito reconhece que esta é o “*elemento, jurídico ou não, que origina determinado regramento jurídico. As fontes são consideradas para fins de aplicação do direito, sendo que, na ausência das fontes primárias, são adotadas as fontes secundárias e assim por diante*”⁴⁰.

Para ele, as fontes podem ser ordenadas da seguinte maneira: i) fontes *primárias*: **Código Comercial, leis comerciais e o Livro II do Código Civil - Direito da Empresa**; ii) fontes *secundárias*: **usos e costumes mercantis**; iii) fontes *terciárias*: **leis civis**; iv) fontes *quaternárias*: **analogia, costumes e princípios gerais de direito**.

3.1.3. JOSÉ MARIA ROCHA FILHO e GUSTAVO RIBEIRO ROCHA

José Maria Rocha Filho é graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, advogado, professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito “Milton Campos”, procurador aposentado da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca “Tullio Ascarelli”; autor de livros e artigos jurídicos⁴¹.

³⁹ BRASIL, Jus. **Fábio Bellote Gomes**. Disponível em: <<https://fabiobellote.jusbrasil.com.br/>> Acesso em: 01 mar. 2017.

⁴⁰ GOMES, Fábio Bellote. **Manual de Direito Empresarial**. 5. ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.

⁴¹ ADVOCACIA, Ribeiro Rocha. **Profissionais**. Disponível em: <<http://www.ribeirorocha.com.br/profissionais/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Gustavo Ribeiro Rocha é graduado e mestre em Direito de Empresa pela Faculdade de Direito “Milton Campos”, pós-graduado em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho – Centro de Atualização em Direito, advogado, professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito “Milton Campos” e da Escola Superior Dom Helder Câmara, além de autor de livros e artigos jurídicos⁴².

Para estes dois empresarialistas, autores da obra “Curso de Direito Comercial – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário”, a “*verdadeira e principal fonte do Direito Comercial/Empresarial é a lei comercial/empresarial*”⁴³.

Por leis comerciais/empresarias, consideram o Código Comercial e todas as demais leis que lhe seguiram e que tratam da matéria.

Como exemplo de lei comercial/empresarial, os autores citam o livro II, parte especial, o “Direito de Empresa”, contido no Código Civil, muito embora afirmem que este fato “*não determina que o Direito Civil seja fonte do Direito Comercial/Empresarial*”⁴⁴. Deste modo, para estes autores, o Direito Civil **não** é fonte do Direito Empresarial.

Como fonte *subsidiária*, reconhecem os usos e costumes comerciais.

3.1.4. MÔNICA GUSMÃO

Mônica de Cavalcanti Gusmão é Doutoranda em Direito Empresarial pela Universidade Buenos Aires. Pós-graduada em Direito Empresarial e Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ.

Professora de Direito Empresarial em cursos de graduação e pós-graduação, bem como nas escolas de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, autora de vários livros e articulista⁴⁵.

Em seu livro “Lições de Direito Empresarial”, Mônica apresenta a classificação tradicional de fontes, entre *primárias* e *secundárias* e discorre de forma sucinta.

⁴² Idem.

⁴³ FILHO, José Maria Rocha; ROCHA, Gustavo Ribeiro. **Curso de: Direito Comercial – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 2. ed., Belo Horizonte: D’Plácido, 2015, p. 43.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ LINKEDIN. **Mônica Gusmão**. Disponível em: <<https://br.linkedin.com/in/monica-gusmao-aa6a7383>>. Acesso em 14 fev. 2017.

As fontes *primárias*, a seu ver, seriam o **Código Civil** e as **leis especiais**, as fontes *secundárias*, por sua vez, seriam a **doutrina**, a **jurisprudência**, a **analogia**, os **princípios gerais do direito**, os **tratados e convenções internacionais** e os **usos e costumes**⁴⁶.

A esta última fonte subsidiária do direito empresarial, os usos e costumes, a autora dá maior destaque.

3.1.5. VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Falecida em 2015, Vera Helena deixou um legado de extensa e qualificada obra jurídica, inclusive reconhecida com um Prêmio Jabuti para o título “Contratos - Direito Civil e Empresarial”⁴⁷.

Em vida, foi advogada e professora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP).

Possuiu graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo, mestrado e doutorado em Direito, ambos pela Universidade de São Paulo⁴⁸.

Em sua obra “Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades”, Vera Helena esclarece que a classificação de fontes sofreu significativa mudança após o advento do Código Civil de 2002.

Afirma que sob a égide do Código Comercial, as fontes eram entendidas da maneira classista, entre fontes *primárias* ou *diretas* e *subsidiárias* ou *indiretas*.

A autora ressalta que na vigência do Código Comercial, somente se admitia o recurso ao Código Civil na falta de lei ou uso comercial. No entanto, dada a revogação da Parte Primeira do Código Comercial pelo Código Civil de 2002, Vera Helena reformula a velha classificação, trazendo uma nova lista de fontes.

Nesta listagem, a **Constituição Federal de 1988** é posta como fonte principal⁴⁹, considerando a consolidação, pela lei maior, dos princípios básicos à atividade econômica, a

⁴⁶ GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 11. ed. rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 9.

⁴⁷ SP, OAB. **OAB SP lamenta morte de Vera Helena de Mello Franco**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2015/02/oab-sp-lamenta-morte-de-vera-helena-de-mello-franco-1.9874>> Acesso em: 27 jan. 2017.

⁴⁸ ESCAVADOR. Vera Helena de Mello Franco. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/6534351/vera-helena-de-mello-franco>> Acesso em: 27 fev. 2017.

⁴⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

saber: o da propriedade privada; da livre iniciativa, da liberdade de associação, da liberdade de competição, da liberdade de contratar entre outros⁵⁰.

Em seguida, encontram-se: a **legislação extravagante**; as **leis civis**; a **jurisprudência**; a **analogia**; os **usos e práticas comerciais**; os **princípios gerais do direito** e os **tratados e convenções internacionais**.

3.1.6. ELISABETE VIDO

Elisabete Vido possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo e mestrado em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (2003). Atualmente é diretora da Pós Graduação da Faculdade Damásio e professora de Direito Empresarial da Damásio Educacional. Autora de livros e palestrante de Direito Empresarial⁵¹.

Vido é breve ao demonstrar que reconhece como fontes do Direito empresarial a lei, consubstanciada no **Código Comercial**, no **Código Civil de 2002** e nas **leis especiais**, bem como os **costumes**.

A respeito do questionamento sobre ser ou não o Código Civil fonte do Direito Empresarial, Vido esclarece que a seu ver, *“como nem sempre é possível separar tão claramente o que são regras empresariais ou civis, a lei civil ou empresarial será fonte do Direito empresarial se puder ser aplicada ao caso concreto”*⁵².

Sobre os costumes, ressalta que estes não podem ser *contra legem*.

3.1.7. MARLON TOMAZETTE

Marlon Tomazette possui graduação, mestrado e doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Atualmente é Procurador da Procuradoria Geral do Distrito Federal, professor titular do Centro Universitário de Brasília; da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e do Instituto Brasiliense de Direito Público.⁵³

⁵⁰ Idem.

⁵¹ ESCAVADOR. Elisabete Teixeira Vido dos Santos. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/3777375/elisabete-teixeira-vido-dos-santos>>. Acesso em 14 fev. 2017.

⁵² VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

⁵³ ESCAVADOR. **Marlon Tomazette**. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/6768997/marlon-tomazette>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Por fontes *primárias*, Tomazette considera as leis e sobre elas, discorre⁵⁴:

(...) seriam fontes do direito empresarial a Constituição Federal, as leis em sentido estrito, as medidas provisórias, os regulamentos, desde que contenham regras que se apliquem à atividade empresarial. A título exemplificativo, podemos indicar como fontes do direito empresarial o Código Civil, a Lei de Falências, a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, a Lei das Sociedades por Ações, dentre outras. (p. 49)

Por fontes *secundárias*, o autor apresenta os **costumes** e os **princípios gerais de direito**.

Aliás, o autor **não** reconhece a doutrina e a jurisprudência como fontes. Em seu entender, estas não são formas de manifestação das regras jurídicas, mas de interpretação ou aplicação destas.

Já no que concerne a analogia, Marlon Tomazette explica que⁵⁵:

Quando se usa a analogia, na verdade se está aplicando uma regra já existente a outra situação. Assim, não é a analogia que cria a regra, ela apenas estende a aplicação da regra, não podendo ser considerada uma fonte do direito empresarial. (p. 48)

Assim, o uso da analogia pressupõe a existência de uma lacuna, e não só isso, é necessário que haja uma norma aplicável a uma situação semelhante e que a semelhança entre as duas situações seja o motivo da regra existente.

Desta forma, para este autor, a analogia também não ocupa o patamar de fonte, na medida em que a regra aplicada de forma analógica preexiste.

3.1.8. SÍLVIO DE SALVO VENOSA E CLÁUDIA RODRIGUES

Sílvio de Salvo Venosa, juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, tendo exercido a magistratura nesse Estado por 25 anos⁵⁶ e Cláudia Rodrigues, doutora em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo⁵⁷ são coautores do livro “Direito Empresarial” pela editora Atlas.

⁵⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.

⁵⁵ Ibidem, p. 48.

⁵⁶ SKOOB. **Sílvio de Salvo Venosa**. Disponível em: <<https://www.skoob.com.br/autor/10508-silvio-de-salvo-venosa>> Acesso em: 01 mar. 2017.

⁵⁷ PROFISSIONAIS DO ANO. **Cláudia Rodrigues**. Disponível em: <http://profissionaisdoano.com.br/mostrar_profissionais.aspx?id=367> Acesso em 01 de mar. 2017.

Na obra, os autores dissertam sobre as fontes formais do Direito Empresarial e esclarecem que a doutrina tradicional costuma classificar como fontes *primárias* a **lei** e o **costume** e como fontes *secundárias* a **doutrina** e a **jurisprudência**. Apesar disso, ressaltam a importância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376/10, “*que não é simplesmente uma introdução ao Código Civil, mas a todo o ordenamento jurídico brasileiro*”⁵⁸ e que em seu artigo 4º também apontam como fontes a **analogia**, os **costumes** e os **princípios gerais de direito**.

A respeito da dinâmica existente entre as fontes citadas, os autores explicitam⁵⁹:

Entendem-se por fontes diretas, imediatas ou primárias aquelas que, de per si, têm potencialidade suficiente para gerar a regra jurídica. As fontes mediatas ou secundárias são as que, não possuindo o mesmo vigor criativo das primeiras, esclarecem, contudo, os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato, auxílio ou adinículo para a aplicação global do Direito. Desse modo, estabelecendo-se ao lado da lei e do costume, estes como fontes primárias, a doutrina, a jurisprudência, a analogia, os princípios gerais de direito e a equidade postam-se como fontes secundárias, segundo essa visão, sem que estritamente todos estes últimos institutos possam considerar-se fontes típicas. (p. 06)

Ao tratar das fontes primárias, os autores citam a **Constituição Federal** que contém disposições acerca da ordem econômica e financeira – arts. 170 e ss.⁶⁰. E em nível infraconstitucional, o **Código Civil**, “*pois regulamenta de forma abrangente sua disciplina, a atividade econômica explorada com organização e também as disposições de direito societário*”⁶¹.

Por fim, citam o **Código Comercial**, na parte em que vige, e as demais **leis extravagantes**.

No que tange às fontes subsidiárias, que segundo os autores, colaboram na tarefa de preencher lacunas, defendem a jurisprudência, no seguinte sentido⁶²:

(...) embora a jurisprudência seja fonte subsidiária, seu papel é fundamental na produção do Direito. Ainda que não seja obrigatória, sua contribuição é importantíssima para a formação viva do Direito, no preenchimento de lacunas da lei e na sua interpretação. Sob esse prisma, os tribunais, mormente entre nós o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, possuem um peso efetivo na atividade jurisdicional. (p. 09)

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 06.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibidem, p. 07.

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem, p. 09.

Complementam que a repetição contínua e constante de julgados em determinada direção é fonte importante do Direito, exercendo grande influência sobre o legislador⁶³. Como “*retrato vivo das necessidades sociais*”⁶⁴, o legislador tem nas orientações jurisprudenciais substrato para a elaboração de leis atuais.

O costume, por sua vez, para tais autores “*deverá gravitar em torno da lei, não podendo, em princípio, a ela ser contrário*”⁶⁵.

A doutrina, para Venosa e Rodrigues, possui papel relevante uma vez que “*opina, orienta, critica, interpreta, mostra caminhos ao magistrado, sugere modificações ao legislador, constrói e desconstrói mitos e dogmas*”⁶⁶. E mais, “*a doutrina atua diretamente sobre as mentes dos operadores jurídicos por meio de construções teóricas que atuam sobre a legislação e a jurisprudência*”⁶⁷.

Sobre a analogia, por fim, ressaltam que será utilizada nos termos do art. 4. da LINDB. Segundo eles, o “*processo analógico faz parte da heurística jurídica, qual seja, a descoberta do Direito. A analogia, ao lado dos princípios gerais, situa-se como método de criação e integração do Direito*”⁶⁸.

Em tópico apartado, os autores ainda destacam o **princípio constitucional da livre concorrência**, previsto no art. 170 e a ele dão atenção calorosa.

3.1.9. FÁBIO ULHOA COELHO

Reconhecido como grande comercialista, o advogado e professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Fábio Ulhoa Coelho, obteve por esta Universidade os títulos de mestre, doutor e livre docente. É autor de importantes obras jurídicas, como o “Manual de Direito Comercial”, “Curso de Direito Comercial, volumes 1-3”, “Curso de Direito Civil, volumes 1-5”, além de diversos artigos publicados em revistas especializadas, nacionais e estrangeiras. Tem proferido palestras no Brasil e no exterior⁶⁹.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ibidem, p. 10.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Ibidem, p. 12.

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Fábio Ulhoa Coelho**. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Em suas principais obras “Manual de Direito Comercial” e “Curso de Direito Comercial” não se encontra explícito o seu entendimento quanto às fontes do direito empresarial, uma vez que o autor não apresenta qualquer classificação ou estudo acerca desta matéria em específico.

No entanto, no livro “Curso de Direito Comercial, volume 1”, Ulhoa se presta a classificar os princípios do direito comercial, os quais, no que tange à hierarquia, dividem-se em *constitucionais*, derivados, por óbvio, da Constituição Federal de 1988, como é exemplo a **livre iniciativa**, e *legais*, derivado da lei ordinária⁷⁰, como é exemplo o princípio da **inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé**, que vem previsto no art. 916 do Código Civil, no art. 17 da Lei Uniforme de Genebra e no art. 25 da Lei n. 7.357/85.

O comercialista ainda apresenta outros dois critérios de classificação dos princípios além do hierárquico, a saber: o da abrangência e o da positivação.

Fábio Ulhoa explica que⁷¹:

(...) de acordo com o critério da abrangência, os princípios podem ser gerais ou especiais. Na primeira categoria, encontram-se os princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas regidas pelo direito comercial, ao passo que a segunda categoria reúne os destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos da disciplina, como são o direito societário, cambiário, falimentar etc. (...) Por fim, os princípios podem ser, em função do critério da positivação, explícitos (diretos ou positivados) ou implícitos (indiretos ou não positivados). São explícitos os princípios enunciados expressamente pelo constituinte ou pelo legislador, em texto de direito positivo; por sua vez, são implícitos aqueles cujos enunciados o julgador ou o doutrinador concluem dos dispositivos vigentes. (p. 74-76)

Em seguida, Ulhoa discorre minuciosamente sobre os mais diversos princípios, ponto a ponto, demonstrando a sua origem e incidência nas relações comerciais.

Alguns dos princípios tratados são o da **liberdade de iniciativa e de concorrência** e da **função social da empresa**, da **liberdade de associação**; da **preservação da empresa**; da **autonomia patrimonial da sociedade empresária**; da **subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais**; entre outros.

⁷⁰ Entendida como qualquer lei presente no ordenamento, seja na forma de Código – civil, comercial, penal, etc. – ou na forma de lei extravagante (alocada fora dos Códigos).

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74-76.

3.1.10. TARCISIO TEIXEIRA

Especializado em Direito Eletrônico e Empresarial, Tarcisio Teixeira é doutor e mestre em direito empresarial pela Universidade de São Paulo – USP.

Pós-graduado em direito empresarial pela Escola Paulista da Magistratura – EPM, palestrante, professor, advogado e autor de diversas obras jurídicas, em especial o título “Direito Empresarial Sistematizado”⁷².

Na supracitada obra, reserva um tópico específico acerca das fontes do direito empresarial. Ele, seguindo o critério já conhecido de fontes *primárias* e *secundárias*, aponta as leis de conteúdo empresarial como fontes *primárias*. Neste sentido⁷³:

Fontes primárias (ou diretas) são as leis em geral, sobretudo as de conteúdo empresarial (p. ex., as leis de franquia, de concessão mercantil, falimentar, de títulos de crédito), o Código Comercial (a parte não revogada de direito marítimo), o Código Civil etc. A Constituição Federal também se inclui entre as fontes primárias. Além disso, respeitadas as normas de ordem pública, tendo em vista que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), ele também é fonte do direito empresarial, bem como outras obrigações como os títulos de crédito. (p. 58)

A **analogia**, os **usos** e os **princípios gerais de direito**, por outro lado, são reconhecidos como fontes *secundárias*.

No que tange ao uso de tais fontes, Tarcisio esclarece⁷⁴:

O operador do Direito deve inicialmente aplicar as fontes primárias, sendo que quando estas não tiverem respostas plenas ao caso, aí sim, socorrer-se-á das fontes secundárias. Ou seja, as fontes secundárias terão aplicação às relações jurídicas quando houver omissão das primárias. (p. 59)

Em tópico apartado e seguido daquele que discorre sobre as fontes do Direito Empresarial, o autor dá atenção ao princípio da **livre iniciativa** previsto no artigo 1º, inc. IV da Constituição Federal de 1988.

Ainda destaca, citando Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, que⁷⁵:

(...) a livre-iniciativa é uma manifestação dos direitos fundamentais, pois o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for assegurado o direito de

⁷² TEIXEIRA, Tarcisio. **Experiência profissional**. Disponível em: <www.tarcisioiteixeira.com.br/novo/experiencia-profissional>. Acesso 14 fev. 2017.

⁷³ TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58.

⁷⁴ Ibidem, p. 59.

⁷⁵ Ibidem, p. 62.

projetar-se por meio de uma realização transpessoal: a realização de um objetivo pela liberdade de iniciativa com conotação econômica, pois todos têm o direito de se lançar no mercado visando à produção ou à circulação de bens ou de serviços, cada qual por sua conta e risco. (p. 62)

Teixeira destaca, ainda, outros princípios que coexistem ao da livre iniciativa, como o da **livre concorrência**, da **defesa do consumidor**, do **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte**, da **defesa do meio ambiente**, da **propriedade privada** e da **função social da propriedade**.

3.1.11. WALDO FAZZIO JÚNIOR

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, ex-Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, consultor jurídico, parecerista e autor de diversos livros jurídicos⁷⁶, Waldo Fazzio Júnior, separa as fontes em *primárias* e *secundárias*⁷⁷, não obstante as explicita de maneira consideravelmente diferente dos demais autores que utilizam esta mesma nomenclatura.

Fontes *primárias*, para este autor são, em primeiro lugar, a **Constituição de 1988**, seguida do **Código Comercial** – na parte que ainda vige –, do **Código Civil de 2002**, das **leis extravagantes**, das **normas pertinentes ao Direito Comercial previstas em diplomas de outros ramos da ordem jurídica**; dos **regulamentos** e dos **tratados e convenções internacionais**⁷⁸.

Fazzio frisa a importância da Constituição como fonte primordial. Vejamos⁷⁹:

Quando aludimos à lei, como fonte formal primeira do direito comercial, mister se faz destacar que a CF, como núcleo reitor programático da ordem jurídica, além de proclamar a supremacia da legalidade, enuncia normas-princípios e normas-regras que contagiam todo o sistema, reclamando assim a conformação das normas comerciais às suas estipulações maiores. (p. 37)

O autor ainda menciona em sua obra a existência de “*princípios de observância compulsória*”, ou seja, que a seu ver devem incidir obrigatoriamente sobre o entendimento do Direito Empresarial, estes seriam os princípios da⁸⁰:

⁷⁶ JURÍDICO, Gen. **Waldo Fazzio Júnior**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/waldofazziojunior/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

⁷⁷ JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016, p. 37.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 37.

(...) livre concorrência, a defesa do consumidor, a função social da propriedade, o tratamento privilegiado da empresa nacional, o predomínio da iniciativa privada na atividade econômica, a proteção à microempresa, a vedação aos abusos do poder econômico e ao aumento arbitrário de lucros e as regras disciplinadoras da competência legislativa para cada matéria. (p. 37)

Ao lado de tais princípios, o autor também destaca o Capítulo I, do Título VII, da Constituição Federal de 1988, atinente à ordem econômica e financeira e defende que as premissas ali contidas são condicionantes do exercício da empresa.

Dentre tais premissas, Fazio aponta a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a soberania nacional e a busca do pleno emprego.

Em suas palavras, “*certamente, na ordem jurídica nacional, o vocábulo empresa é essencialmente formatado por esses princípios e como tal deve ser densificado*”⁸¹.

Em seguida, como fontes *secundárias*, Fazio Júnior indica a **analogia**, os **usos** e os **princípios gerais de direito**, fontes que são regradas pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Para este autor, a doutrina, a jurisprudência e as súmulas **não** estão inclusas no rol de fontes do Direito Empresarial.

Quanto à doutrina, afirma que esta não possui o condão de oferecer conteúdo para a materialização do direito, tendo em vista que se propõe a apenas analisar o direito, e não produzi-lo. Diz⁸²:

A doutrina, com sua dúplici função crítica e orientadora, conquanto forneça imprescindível contribuição à materialização do direito, igualmente não alcança o patamar das fontes, seja por sua intrínseca heterogeneidade, seja por sua essência antes analítica que geradora. Tecnicamente, não produz direito. (p. 37)

Quanto à jurisprudência, Fazio entende que por força da separação dos poderes, cabe ao Judiciário tão-somente a aplicação da norma jurídica e das demais fontes do direito, “*reservando-se, em regra, ao Legislativo, como função típica, a atividade geradora do direito positivo.*”⁸³.

No que tange as súmulas, por sua vez, o autor esclarece que estas “*detêm intensa aptidão criativa e indeclinável papel atualizador, máxime quando vinculantes para*

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p. 36.

pronunciamentos jurisdicionais de grau inferior”⁸⁴. No entanto, defende que em razão destas incidirem sobre direito preexistente, não o criam e em consequência, não são dotadas de caráter normativo.

3.1.12. ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS

André Luiz Santa Cruz Ramos é bacharel em Direito pela UFPE, mestre em Direito Processual Civil pela UFPE, pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela FGV-RJ, pós-graduado em Direito da Concorrência pela FGV-SP e doutor em Direito Comercial pela PUC-SP.

É Procurador Federal da Advocacia Geral da União desde 2004, professor de Direito Empresarial do Centro Universitário IESB, em Brasília e autor de vários livros jurídicos⁸⁵.

Este doutrinador defende a especialidade e a autonomia do Direito Empresarial e, assim, reconhece como fonte principal deste ramo “*as normas empresariais, ou seja, as regras jurídicas especiais que se destinam à regulação das atividades econômicas*”⁸⁶.

A respeito da distinção entre leis comerciais e leis civis, assevera⁸⁷:

Atualmente, grande parte das normas civis e comerciais encontra-se num mesmo diploma legislativo, o Código Civil. No entanto, pode-se continuar entendendo que as normas comerciais, não obstante estejam encartadas no Código Civil, conservam sua especialidade. Sendo assim, continua válida a ideia de que as normas estritamente civis – entendidas estas como as que regulam matéria essencialmente civil, e não mercantil – **não podem ser consideradas fontes do direito comercial, ainda que sejam aplicáveis a relações mercantis, eventualmente, em casos de lacuna ou omissão do regime jurídico empresarial.** (Grifamos) (p. 51)

Portanto, no entendimento deste autor, o Código Civil só é fonte do Direito Empresarial nas partes em que se encontram leis comerciais, que, apesar de estarem previstas dentro do Código civilista, conservam a sua especialidade.

As demais leis essencialmente civis, não devem ser consideradas fontes, mesmo que sejam aplicadas em casos mercantis, eventualmente, na falta de lei específica.

⁸⁴ Ibidem, p. 37.

⁸⁵ JURÍDICO, Gen. **André Luiz Santa Cruz Ramos**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/andreros/>>. Acesso em 14 fev. 2017.

⁸⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

⁸⁷ Ibidem, p. 51.

Nesse sentido, André conclui que no Código Civil “*se encontram hoje as regras básicas do direito empresarial brasileiro, isto é, sua matéria nuclear, ficando para disciplinamento em leis específicas temas especiais*”⁸⁸.

Além das normas empresariais, André Luiz Santa Cruz Ramos também destaca como fonte os usos e costumes mercantis. Estes, a seu ver, “*surgem quando se verificam alguns requisitos básicos: exige-se que a prática seja (i) uniforme, (ii) constante, (iii) observada por certo período de tempo, (iv) exercida de boa-fé e (v) não contrária à lei*”⁸⁹.

Destaca-se que, em tópico anterior ao que trata das fontes do Direito Empresarial, o autor reserva espaço para discorrer sobre alguns princípios que regem esse ramo do Direito, entre eles, o da **liberdade de iniciativa e de concorrência**; da **garantia e defesa da propriedade privada**; da **preservação da empresa**.

3.1.13. EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS

O juiz de Direito da Vara de Falências, Recuperações Judiciais, Insolvência Civil e Litígios Empresariais do Distrito Federal, Edilson Enedino das Chagas, em seu livro “Direito Empresarial Esquematizado” entende o que segue.

Antes mesmo de adentrar no tema das fontes do Direito destaca a superação do positivismo e a importância do surgimento do pós-positivismo para a elevação dos princípios à “*condição de espécie do gênero norma*”⁹⁰, assim, aponta a existência de *norma-princípios* que nada mais são, segundo o autor, que juízos de valor positivados que norteiam a aplicação do ordenamento empresarial.

Dentre os princípios, destaca o da **função social da empresa**, da **preservação da empresa**, da **livre-iniciativa**, **livre-concorrência**, da **boa-fé objetiva**.

Em seguida, tratando propriamente das fontes, defende, em primeiro lugar a **Constituição Federal de 1988**, e nesse sentido discorre⁹¹:

Quanto às fontes do direito empresarial, de se destacar a própria Constituição Federal, que, a partir do seu art. 5º, ao referir-se às empresas, trouxe normas protetivas quanto ao nome do empreendimento (art. 5º, inc. XXIX) e à possibilidade de gestão compartilhada com os colaboradores (art. 5º, inc. XI), por exemplo, identificando-se outras cinquenta e sete incidências da palavra empresa em seu

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

⁹¹ Ibidem, p. 66.

texto, a denotar que a atividade econômica organizada, garantida pelo art. 170, *caput* da Constituição Federal, ao referir-se à livre iniciativa e à livre-concorrência (art. 170, inc. IV), corresponde a interesse difuso, porque imprescindível para o desenvolvimento econômico do país. (p. 66)

O autor destaca que além dos princípios explicitados no texto constitucional, são fontes também as leis infraconstitucionais codificadas – o **Código Comercial** e o **Código Civil** –, bem como as **leis extravagantes**, como exemplo, a Lei das Sociedades Anônimas, Estatuto da Microempresa, Lei do Cheque etc.

De forma a complementar/subsidiar as fontes já citadas, Chagas aponta os⁹²:

(...) tratados e convenções; princípios positivados na lei (como o da preservação da empresa, art. 47, da Lei nº 11.101/2005), as regras prescritas pelos decretos, instruções e regulamentos editados pelas autoridades competentes (como as resoluções do Conselho Monetário Nacional e as Circulares do Banco Central); as de autorregulação (como o Código de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) e, ainda, as normas consuetudinárias. (p. 66)

O autor fundamenta a sua visão de fontes no art. 4º do Projeto de Lei do Senado Federal nº 487/2013⁹³ que propõe a criação de um novo Código Comercial, atualmente em trâmite legislativo.

3.1.14. RICARDO NEGRÃO

Desembargador da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Negrão ao tratar das fontes do Direito Empresarial, esclarece⁹⁴:

Hierarquicamente, as Constituições ocupam a primazia, seguindo-se as leis complementares, nacionais, federais, estaduais etc. Os Códigos são leis de caráter nacional. Inicialmente eram compilações de diversas leis e, hoje, são exposições sistemáticas relativas a uma matéria particular do direito, como, por exemplo, o Código Comercial. (p. 38)

⁹² Idem.

⁹³ Art. 4º. São normas do direito comercial: I – os princípios e regras da Constituição aplicáveis; II – as regras prescritas por este Código, pela lei, tratados e convenções; III – os princípios expressamente enunciados neste Código ou na lei comercial; IV – as regras prescritas pelos decretos, instruções e regulamentos editados pelas autoridades competentes; V – as de autorregulação; e VI – as consuetudinárias. *Parágrafo único.* Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EEA5A1EF6996309B861478F56D6AB1EC.proposicoesWebExterno1?codteor=888462&filename=PL+1572/2011> Acesso em: 01 mar. 2017.

⁹⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

Nesse diapasão, Negrão aponta a seguinte configuração de fontes *primárias*: a **Constituição Federal**, na regulamentação de matéria pertinente, por exemplo, as disposições sobre a ordem econômica e financeira (arts. 170 e s.); o **Código Civil**; o **Código Comercial**, na parte ainda vigente; as **leis comerciais em geral**.

No que concerne às fontes *secundárias*, cita a **analogia**, os **costumes** e os **princípios gerais de direito**, tal qual ordena o art. 4º da LINDB.

3.2. PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS DEFENDIDOS

Diante da reunião, neste capítulo, do conteúdo de 14 obras analisadas ao total, a respeito das defesas de 16 doutrinadores a respeito da teoria das fontes do Direito Empresarial, é possível identificar diversos entendimentos que se destacam.

Ver-se-á que muitos deles são antagônicos entre si e para cada posicionamento, há certa quantidade de adeptos.

Como forma de melhor demonstrar estas conclusões obtidas da análise das defesas dos doutrinadores, abaixo segue uma tabela contendo os posicionamentos e a sua respectiva quantidade de autores que os defendem. Vejamos.

Posicionamento Doutrinário		Adeptos
<i>Análise Total de 14 Doutrinadores</i>		
A.1.	As leis empresariais são indicadas, primeiramente, como fontes do Direito Empresarial.	06
A.2.	A CF/88 é indicada, primeiramente, como fonte do Direito Empresarial.	06
A.3.	O CC/2002 é indicado, primeiramente, como fonte do Direito Empresarial.	01
A.4.	Não indicam de forma explícita as fontes do Direito Empresarial.	01
B.1.	O Direito Civil é fonte do Direito Empresarial.	11
B.2.	O Direito Civil é fonte somente nas partes em que se encontram leis empresariais.	01
B.3.	O Direito Civil não é fonte do Direito Empresarial.	01

B.4.	Não indica de forma explícita o Direito Civil como fonte.	01
C.1.	Destaque aos princípios gerais do direito do art. 4º da LINDB.	05
C.2.	Destaque aos princípios constitucionais.	03
C.3.	Destaque aos princípios gerais do direito do art. 4º da LINDB bem como aos princípios constitucionais.	03
C.4.	Não mencionam princípios.	03
D.1.	A doutrina é fonte do Direito Empresarial.	02
D.2.	A doutrina não é fonte do Direito Empresarial.	02
D.3.	Não mencionam a doutrina.	10
E.1.	A jurisprudência é fonte do Direito Empresarial.	04
E.2.	A jurisprudência não é fonte do Direito Empresarial.	02
E.3.	Não mencionam a jurisprudência.	08
F.1.	As súmulas não são fontes do Direito Empresarial.	01
F.2.	Não mencionam as súmulas.	13
G.1.	A analogia é fonte do Direito Empresarial.	08
G.2.	A analogia não é fonte do Direito Empresarial.	01
G.3.	Não mencionam a analogia.	05

A partir destes dados, se vê, claramente, que não há consenso entre os doutrinadores pátrios a respeito da teoria das fontes do Direito Empresarial, de modo que tal parte do estudo deste ramo do Direito encontra-se absolutamente desordenada e, em muitos aspectos, em total desarmonia com a atual conjuntura jusfilosófica brasileira.

É sobre esta desarmonia e sobre a necessidade de se reler a teoria de fontes do Direito Empresarial, que se tratará o próximo capítulo. A seguir

4 LEITURA HERMENÊUTICO-CONTEMPORÂNEA DAS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL

Para que seja possível uma leitura hermenêutico-contemporânea das fontes do Direito Empresarial, é necessário que se perceba o contexto histórico e jurídico que se conformou a partir da segunda metade do século XX, após o declínio da corrente positivista.

É certo que *“a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”*⁹⁵.

Tais reflexões levaram ao desenvolvimento de uma nova teoria, o **pós-positivismo**, e com ela, o surgimento de um movimento que traria um novo significado às Constituições e aos princípios, a que foi dado o nome de **neoconstitucionalismo**.

Veja-se que ambos – teoria e movimento – estão inter-relacionados, de modo que o primeiro deu base à criação do segundo e juntos, trouxeram profundas e relevantíssimas transformações à teoria de fontes do Direito em todas as suas esferas, incluindo a Empresarial.

Deste modo, a seguir, serão demonstradas as transformações que levaram a necessidade de uma nova interpretação da lei e das demais fontes, a partir dos ditames Constitucionais.

4.1. PÓS-POSITIVISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A concepção pós-positivista se instala como nova teoria jusfilosófica, rompendo com os ditames do positivismo jurídico que, negando valores morais e reduzindo o Direito à lei, possibilitou o desenvolvimento de regimes totalitários como o do nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália.

A respeito das bárbaras consequências da aplicação seca da lei, incentivada pelo positivismo clássico, aponta Luís Roberto Barroso⁹⁶:

Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 264.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 263.

positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. (p. 263)

Assim, a conjuntura histórica em que se aflorou esta nova teoria oposta ao positivismo clássico, situa-se sobre a sociedade do pós-segunda guerra em que se percebe a necessidade de se ascender a um novo paradigma jurídico, mais justo, humano e pautado sobre os alicerces dos *princípios* e dos *direitos fundamentais*, salvaguardados pela Constituição.

Neste diapasão, vale dizer que “*ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal [...] já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido*”⁹⁷.

Ademais, as primeiras mudanças imbuídas do caráter pós-positivista e neoconstitucionalista ocorrem na Alemanha e na Itália, em contraposição aos regimes totalitários lá estabelecidos anteriormente.

Sobre tais mudanças, na Alemanha, se destaca a promulgação da *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, uma verdadeira Constituição, que reafirmou valores democráticos. Sobre este fato, aponta Barroso⁹⁸:

Após a derrota na Segunda Guerra e os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, foi promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 23 de maio de 1949, marcada pela reafirmação dos valores democráticos. A Constituição enuncia os *direitos fundamentais* logo em sua abertura, com foco nos tradicionais direitos de liberdade, como a inviolabilidade corporal, a liberdade de locomoção, de expressão e consciência, dentre outros. O art. 1º diz respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, considerada inviolável. (p. 57)

Desse modo, o pós-positivismo foi estruturado pela lógica da inclusão de valores como limite para a aplicação do Direito, dentre os quais se destaca o valor da *dignidade humana*, elencado como *princípio*.

Vê-se que o momento histórico e as ideias que dele se desenvolveram, contribuíram para o estabelecimento da **força normativa da Constituição** que se desloca ao patamar de **fonte primordial**.

Rafael Tomaz de Oliveira sobre a Constituição assevera que esta “*deixa de ser mera carta de intenções e passa a ter sua observância obrigatória pelos três poderes e pelos próprios cidadãos*”⁹⁹.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 6, setembro, 2001, p.18.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op., cit., p. 57.

Quanto a esta citação, é interessante notar que textos constitucionais – enquanto instrumentos de limitação do poder – existem há muito tempo, mas como Rafael Tomaz de Oliveira bem descreve, as Constituições só deixaram de ser *meras cartas de intenções* com a transformação jurídico-filosófica liderada pelo pós-positivismo.

Luís Roberto Barroso aponta três marcos – histórico, filosófico e teórico – que elevaram a Constituição ao patamar de norma capaz de irradiar seus preceitos sobre os demais ramos do Direito. Vejamos¹⁰⁰:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a **centralidade dos direitos fundamentais** e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (p.15) (Grifamos.)

No que tange à afirmação dos *direitos fundamentais*, vale ressaltar o “caso Luth”¹⁰¹.

A Corte alemã, em decisão muito aclamada, desenvolveu alguns conceitos que serviram de alavanca para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, como por exemplo, os conceitos da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* e da necessidade da *ponderação*, em caso de colisão de direitos.

De acordo com o jurista alemão Robert Alexy, na decisão do caso Lüth, há três ideias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão¹⁰²:

⁹⁹ ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 250.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Op., cit., p. 15.

¹⁰¹ O alemão Veit Harlan, produtor de cinema, trazia em sua filmografia um histórico expressivo de filmes com forte ideologia nazista e tornou-se particularmente famoso por um em específico, encomendado por Joseph Goebbels e lançado em 1941. O filme foi considerado uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema. À parte disso, nos anos 50, Harlan dirigiu um filme de romance, chamado “Amada Imortal”. Não obstante, antes do lançamento deste filme, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã resolveram boicotá-lo, ainda que o filme não fizesse qualquer menção ao nazismo ou ao anti-semitismo. Eric Lüth, um judeu que presidia o Clube de Imprensa, encabeçou o boicote escrevendo um manifesto contra o cineasta, conclamando os “alemães decentes” a não assistirem ao filme. Em razão disso, Veit Harlan, juntamente com os empresários que estavam investindo no filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil alemão, sob a justificativa de que todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados. A tese prevaleceu em todas as instâncias ordinárias. Eric Lüth, inconformado, recorreu para a Corte Constitucional alemã, sob o fundamento da liberdade de expressão garantida pela lei fundamental.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, 2003, p. 03.

A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’.

Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito, além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico.

Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (ubiquitous). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário”. (p.03)

Neste ponto, nota-se o desenvolvimento da ideia do **efeito irradiante do direito constitucional sobre os demais ramos do Direito**, de modo que as leis infraconstitucionais devem, a partir do texto constitucional, comprovar a sua validade, além de serem interpretadas à luz dos princípios e direitos fundamentais.

A partir desta ideia, percebe-se que não mais se justifica a clássica divisão do Direito em Público e Privado¹⁰³, uma vez que os ditames constitucionais passam a ser protagonistas de qualquer relação jurídica, pouco importando se esta se refere aos interesses envolvendo particulares entre si ou entre particulares e o Estado.

Ademais, assevera Rafael Tomaz de Oliveira¹⁰⁴:

(...) no Estado Constitucional, não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana, conseqüentemente, o dualismo entre direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático, contudo, dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas elas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional. Com efeito, o dualismo deve ser utilizado para realçar e fortalecer os direitos fundamentais do cidadão em seu aspecto privado e destacar e pormenorizar as tarefas e os limites do Poder Público. (p. 259)

Aliás, não há mais a aplicação preferencial do Código Civil ou da Constituição a depender da espécie de relação jurídica existente, como ocorria nos Estados Liberais, uma vez que o Direito **passa a ter como pressuposto de atuação e interpretação, uma lei única e maior, que é a Constituição.**

¹⁰³ Cavalli, sobre tal separação aponta que “*subsistem diferenças, porém elas são meramente “quantitativas”, pois há institutos onde prevalecem os interesses individuais, embora também estejam presentes interesses da coletividade, e outros institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à realização dos interesses existenciais dos cidadãos*”. CAVALLI, Cássio Machado. Op., cit., p. 177.

¹⁰⁴ ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 259.

Entretanto, muito embora já estejamos vivenciando o pós-positivismo, materializado pela Constituição Federal de 1988, a defesa doutrinária das fontes do Direito Empresarial ainda não se encontra em harmonia com o atual contexto jurídico-filosófico, razão pela qual é imprescindível que o papel de cada fonte seja relido. A seguir.

4.2. AS FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL A PARTIR DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Em uma nova teoria, as fontes do Direito Empresarial aqui relidas são: os **princípios**, as **leis**, as **medidas provisórias**, as **súmulas vinculantes e não vinculantes**, a **jurisprudência**, a **doutrina**, a **analogia** e os **costumes**.

4.2.1. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS EM UMA NOVA TEORIA DE FONTES

Os *princípios constitucionais*, estabelecidos como pressupostos da aplicação do Direito a partir do neoconstitucionalismo, não são os mesmos princípios referidos no artigo 4º da LINDB.

Quando o art. 4º da LINBD se refere aos “princípios gerais de direito” expressa uma concepção puramente positivista-normativista, uma vez que neste modelo jusfilosófico os princípios não possuem, por si sós, normatividade, sendo utilizados, tão somente, quando da existência de lacunas.

No entanto, a mudança de paradigma trazida pelo pós-positivismo transformou drasticamente a forma de se enxergar os *princípios*, de modo que a lógica determinada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não faz mais sentido. Isto porque, não cabe mais a concepção de que princípios serão aplicados de maneira subsidiária, pois estes são elevados ao mais alto patamar do ordenamento jurídico, sendo preenchidos de normatividade.

Aqui fica claro o sentido da expressão “*norma-princípio*” encontrada na obra do doutrinador Edilson Enedino das Chagas. O princípio constitucional não é só princípio, é também norma.

Sobre os *princípios constitucionais* em relação aos *princípios gerais de direito*, Antônio Castanheira Neves ensina¹⁰⁵:

(...) se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora **princípios normativamente materiais fundamentantes** da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade. (p. 108) (Grifamos)

Ney Maranhão, por sua vez, é preciso em suas palavras ao afirmar que “*a ascensão dos princípios ao andar constitucional representou uma espetacular promoção, um fenômeno deveras insólito. De fato, foram guindados de um sombrio quarto de fonte supletiva ao belo palácio de vetor axiológico do sistema jurídico*”¹⁰⁶.

Outrossim, a valorização dos princípios neste novo modelo constitucional traz consigo uma das características mais marcantes do pós-positivismo. O do equilíbrio entre *regras* e *princípios*.

Sob a lógica do pós-positivismo “*as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto*”¹⁰⁷.

Ademais, é interessante observar que a conformação deste novo panorama jurídico, pautado não só em regras, mas também princípios com força normativa, representa a “*confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo*”¹⁰⁸.

No que diz respeito a esta confluência Barroso esclarece¹⁰⁹:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivistas e jusnaturalista: não se trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o

¹⁰⁵ NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia, Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 108.

¹⁰⁶ MARANHÃO, Ney. **O fenômeno pós-positivista**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 14, n. 2246, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13387>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339-340.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p. 22. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 05/02/2017.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Op., cit., p. 270.

postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. (p. 270)

Neste diapasão, regras claras e objetivas constantes do ordenamento, devem ser analisadas sob a lupa dos *princípios constitucionais*, bem como dos *direitos fundamentais* previstos na CF/88.

Neste ponto, cumpre destacar outra questão importante relativa aos princípios.

Não existem apenas princípios *constitucionais*, mas também princípios oriundos das *leis ordinárias* – chamados por Fábio Ulhoa Coelho de princípios *legais* –, que, apesar de não possuírem tamanha força normativa como àqueles previstos na Constituição, também servem de base para a aplicação do Direito.

A título de exemplo, o artigo 170 da CF/88 exprime explicitamente o princípio constitucional da **liberdade de iniciativa**, enquanto é possível vislumbrar no artigo 916 do Código Civil o princípio infraconstitucional da **inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé**, na cobrança de obrigação cambiária.

Há que se falar, ainda, sobre os princípios constitucionais implícitos, como exemplo, o da **função social da empresa** que deriva do princípio explícito da função social da propriedade, previsto no inciso XXIII do artigo 5º da CF/88.

Percebe-se – e este é o ponto importante – que são muitíssimos os princípios infraconstitucionais e derivados, porém, estes não comportam a sua aplicação indiscriminada, de modo a incentivar a discricionariedade.

Isto porque, a inegável valorização dos princípios na atual conjuntura pós-positivista, não retira da regra – consubstanciada nas leis em geral – a sua relevância para a regulação das relações jurídicas.

Lenio Luiz Streck, sobre este fenômeno de criação descontrolada de princípios, assevera¹¹⁰:

É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para “criação dos princípios”. Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. (...). De tudo o que foi dito, é ainda possível - e necessário - ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. **Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o**

¹¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 526.

caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios. (p. 526) (Grifamos)

Para os eventuais *hard cases*, há o controle de constitucionalidade e o juízo do Supremo Tribunal Federal que é apto a apresentar soluções compatíveis com o “norte” contido na CF/88.

Assim, superado o antigo conceito da LINDB, em uma nova teoria de fontes, harmoniosa com o atual paradigma constitucional, os *princípios*, em especial aqueles atinentes à seara empresarial, são fontes de **grandiosíssima relevância**, devendo sempre, em toda e qualquer relação mercantil, nortear a aplicação das regras do Direito Empresarial, expressas por todas as demais fontes supralegais e infraconstitucionais existentes no ordenamento.

4.2.2 O PAPEL DAS LEIS EM UMA NOVA TEORIA DE FONTES

A lei, numa acepção jurídica muito ampla, pode ser entendida como toda e qualquer regra presente num ordenamento. Ela pode advir do **poder legislativo** em sua função típica, materializada nos *códigos* – civil, comercial, penal etc. – e na *legislação extravagante*, como também pode advir do **poder executivo** e do **judiciário**, em função atípica, materializada nas *súmulas vinculantes* para este e nas *medidas provisórias* para aquele¹¹¹.

Rafael Tomaz de Oliveira conceitua lei como “*todo texto normativo de caráter geral e abstrato cuja aplicação seja para o futuro*”¹¹² e apesar de considerar lei apenas os textos editados pelo **poder legislativo**, admite que outros textos, como os citados acima, também possuem caráter geral e abstrato¹¹³.

Agora ao ponto que nos interessa, o papel de tais textos normativos no atual Estado Constitucional é bem claro. Deve-se aplicar a lei, observando a sua validade diante dos ditames constitucionais.

Isto porque, neste novo paradigma, a Constituição Federal de 1988 ao mesmo passo que baliza a aplicação da lei, também a limita, visando o respeito aos princípios e direitos fundamentais lá garantidos.

¹¹¹ Vale dizer que ainda existem outros textos normativos como as *resoluções* do **poder judiciário** e os *decretos regulamentares* do **poder executivo**, entre outros.

¹¹² ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 296.

¹¹³ Ibidem, p. 300.

Nesse sentido, Tomaz de Oliveira¹¹⁴:

(...) se em algum instante a lei for contrária ao que prescrevem esses princípios fundamentais (constitucionalmente assegurados) ela deverá ser controlada, mediante o controle de constitucionalidade das leis, seja difuso no caso concreto ou em sede concentrada pelo STF. **Dessarte, a Constituição estabelece o fundamento de validade e os limites da realização da própria lei (...).** (p.300) (Grifamos).

Portanto, não é admissível que um texto normativo seja aplicado sem a “permissão” constitucional. Em sendo o caso, os próprios juízes podem fazer o controle em âmbito difuso e, em âmbito concentrado, não faltam ações capazes de arguir e solucionar inconstitucionalidades, entre elas, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), cada qual com suas peculiaridades, a depender do caso concreto.

Como exemplo prático desta dinâmica na seara empresarial, temos o julgamento da ADI nº 3.934-2/DF onde se impugnaram os artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, c, e 141, II, da Lei 11.101/2005, a Lei de Falências, sob a alegação de incompatibilidade com as disposições dos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da Constituição Federal¹¹⁵.

Nesta ação, o ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente o pedido, evocando o princípio da função social e da preservação da empresa.

Manoel Pereira Calças é citado no voto do ministro, que indica a seguinte passagem¹¹⁶:

Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas. (p. 19)

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ A parte requerente, o Partido Democrático Trabalhista, alegou duas inconstitucionalidades materiais, atinentes à: a) liberação dos arrematantes do ônus das obrigações trabalhistas na ocasião da alienação de unidades produtivas da empresa em recuperação judicial, o que afrontaria os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego, abrigados nos artigos 1º, III e IV, 6º e 170, VIII, da Constituição Federal; b) qualificação, como quirografários, dos créditos derivados da legislação do trabalho que ultrapassem 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, que estaria violando a garantia do direito adquirido e a vedação de tomar-se o salário mínimo como referência de qualquer natureza, tratados nos artigos 5º, XXXVI, e 7º, IV, da Constituição.

¹¹⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007, p. 40 apud Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3934RL.pdf>>

Aqui, nota-se a prevalência de princípios constitucionais em face da legislação ordinária, estabelecendo clara a hierarquia que deve existir, entre Constituição e lei.

4.2.2.1. MEDIDAS PROVISÓRIAS

A medida provisória (MP) está prevista no artigo 62 da CF/88 que possui a seguinte redação: “*Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional*”¹¹⁷.

A despeito de depender de aprovação do Congresso Nacional para sua conversão em lei ordinária, ela surte efeitos imediatos.

Como bem aponta Rafael Tomaz de Oliveira, as MP’s têm como intuito assegurar a preservação do sistema constitucional, para aquelas hipóteses em que não é possível aguardar a resposta e o tempo do legislador¹¹⁸.

Nesse sentido, esta medida só é cabível e só pode ser entendida como fonte nestas situações, de **relevância** e **urgência**, do contrário, estará sujeita ao controle de constitucionalidade.

Nelson Nery Junior e Rosa M. A. Nery, citados por Oliveira, defende que¹¹⁹:

(...) as medidas provisórias podem ser objeto de controle de constitucionalidade, tanto abstratamente pela via da ação direta de inconstitucionalidade como em concreto. Cabe ao STF exercer o controle abstrato da constitucionalidade das medidas provisórias. Compete aos juízes e tribunais controlar, em concreto, a constitucionalidade das medidas provisórias, analisando tanto os aspectos formais e procedimentos quanto os substanciais dessas normas, deixando de lhes dar eficácia quando em desconformidade com o sistema constitucional. (p. 531)

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.048/DF, o ministro Gilmar Mendes consolida esse entendimento, determinando a suspensão da vigência da medida provisória de

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 mar. 2017.

¹¹⁸ ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 303.

¹¹⁹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa M. A. **Constituição Federal comentada.** 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, apud ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit. 303-304.

nº 405/2007¹²⁰ que previa a abertura de créditos destinados a prover despesas correntes, não qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência determinada pela CF/88.

Vê-se aqui, claramente, o papel importantíssimo do controle concentrado de constitucionalidade no atual Estado constitucional. O ministro Gilmar Mendes, em seu voto na citada ADI, é certo: *“É papel desta Corte assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes”*¹²¹.

4.2.2.2. SÚMULAS VINCULANTES

As súmulas vinculantes (SV's) são disciplinas pelo artigo 103-A da CF/88 que prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula.

Acerca do objeto das súmulas vinculantes, Rafael Tomaz de Oliveira disserta que é a *“divergência interpretativa acerca de aspectos constitucionais, em outros termos, sua função precípua é elucidar a correta interpretação de dispositivos constitucionais”*¹²².

Ademais, as súmulas vinculantes, além de trazerem a solução para casos em que há controvérsias, possuem caráter imperativo e *erga omnes*, não admitindo divergências nas decisões dos tribunais de instâncias inferiores.

O mesmo artigo 103-A estabelece que a partir de sua publicação na imprensa oficial, a SV *“terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”*.

O §3º é claro nesse sentido ao prever que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, *“julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”*.

Outrossim, muito embora o caráter compulsório de sua aplicação, as súmulas podem ser revistas e até canceladas, conforme reza o caput do já citado artigo 103-A e a Lei nº

¹²⁰ MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-01 – DISTRITO DEFERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4048GM.pdf>> Acesso em: 05 mar. 2017.

¹²¹ Idem.

¹²² ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 301.

11.417/2006 editada, especificamente, para disciplinar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

As SV's, por todo o exposto, são fontes inegáveis do Direito, uma vez que são dotadas de normatividade, trazendo consigo a obrigatoriedade de sua aplicação, o que não fere, ao nosso ver, o Estado Democrático de Direito, em razão de ser possível a sua revisão e cancelamento, por procedimento próprio previsto pela Lei nº 11.417/06.

4.2.2.3. TRATADOS INTERNACIONAIS

No que tange aos tratados internacionais¹²³, no Brasil, estes documentos podem ser preenchidos de **força de emenda constitucional**, considerando os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme o §3º do artigo 5º da CF/88; **força supralegal**, considerando os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário e **força de lei ordinária**, considerando os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos.

Nesse sentido, os tratados, quando recepcionados pelo Brasil, também são fontes legítimas do Direito, devendo ser observado a sua localização na hierarquia do ordenamento nos moldes acima, para uma correta aplicação dos textos normativos neles contidos.

4.2.3. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA E DAS SÚMULAS NÃO VINCULANTES EM UMA NOVA TEORIA DE FONTES

Empregando o conceito de Maria Helena Diniz, a jurisprudência é o “conjunto de decisões uniformes e constantes, resultantes da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares ou idênticas”¹²⁴.

Mais além, as jurisprudências expressam o entendimento dos juízes a respeito da interpretação e aplicação de determinados textos normativos. Ademais, atualmente, estas são muito utilizadas para reforçar as mais diversas decisões.

Nesse sentido, Diniz, ainda ensina que a jurisprudência¹²⁵:

¹²³ Entendidos como acordos escritos, entre Estados e/ou organizações internacionais, com o fito de produzir efeitos numa ordem jurídica de direito internacional.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 296.

¹²⁵ Ibidem, p. 300.

É norma geral como a lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade e maleabilidade e é obrigatória e válida não pelo seu caráter geral, mas por sua normatividade. Logo, a jurisprudência atua como norma aplicável a todos os casos que caírem sob sua égide, enquanto não houver nova lei ou modificação na orientação jurisprudencial, já que é suscetível de revisão, por não se excluir a possibilidade de se alterar o entendimento da maioria (...). **É fonte não só porque influi na produção de normas jurídicas individuais (sentença, p. ex.), mas também porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel, apesar de sua maleabilidade.** (Grifamos) (p. 300).

Destarte, não há como negar que as decisões proferidas pelos tribunais superiores, desde que em harmonia com a CF/88, detêm caráter de fonte e possuem força para preencher lacunas e para suscitar novas interpretações ao texto de lei que pode vir a ser modificado posteriormente.

Uma nova decisão, pautada sobre os princípios constitucionais e direitos fundamentais abre precedente e dá base para a aplicação do Direito em casos semelhantes. É portanto, inegável fonte do Direito.

Venosa e Rodrigues, bem apontam¹²⁶:

A lei e as condições sociais de promulgação envelhecem, perdem a atualidade, distanciam-se dos fatos originários; cabe aos tribunais dar novos matizes, novos caminhos na aplicação da lei. É papel da jurisprudência atualizar o entendimento da lei, abrir horizontes, dando-lhe uma interpretação atual que atenda às necessidades do momento dos fatos. A jurisprudência é dinâmica. O juiz deve ser arguto pesquisador das necessidades sociais, decidindo como um homem de seu tempo e do seu meio, não se prendendo a premissas ultrapassadas ou preconceitos renitentes. Aí se coloca toda a grandeza do papel da jurisprudência. (p. 10)

Ainda sobre a jurisprudência, os autores supracitados dissertam sobre o curioso fenômeno que vem atingindo os modelos do *civil law* e *common law*¹²⁷:

A jurisprudência vem ganhando cada vez mais espaço, atingindo um patamar de fonte primária nos países de orientação romano-germânica. Nosso país é um exemplo patente. Por outro lado, nos países de influência anglo-saxônica, cada vez mais a lei, em detrimento dos precedentes, ganha território, em interessante fenômeno dos dias atuais. (p. 06)

Percebe-se que ao reconhecer a relevância da jurisprudência como fonte, aproxima-se o Direito Brasileiro do *common law*, que é a estrutura jurídica que vincula a aplicação do Direito às decisões judiciais anteriores.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. Op., cit., p. 10.

¹²⁷ Ibidem, p. 06.

Agora, no que tange a outro instrumento que deriva da jurisprudência, as súmulas **não** vinculantes, nada mais são do que os textos que condensam o entendimento já consolidado pelos tribunais superiores e repetidamente encontrado na jurisprudência dos tribunais.

Streck define a súmula como: “(...) o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil”¹²⁸.

O artigo 926 do Código de Processo Civil¹²⁹ prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente**.

E ainda, no parágrafo primeiro do mesmo artigo estabelece que as súmulas sejam editadas conforme os pressupostos fixados no regimento interno de cada tribunal.

Diferente das súmulas **vinculantes**, estas não possuem força normativa suficiente para compelir obrigatoriamente o seu cumprimento. Elas servem, em verdade, para auxiliar outros julgadores que se vêm diante de casos análogos aos que determinada súmula aborda.

Assim, considerando que é espécie de norma, muito embora não tenha sido resultante de um processo legislativo, não há pretexto que justifique a não consideração das súmulas, sejam elas vinculante ou não, como fonte do Direito Empresarial.

No mesmo sentido a jurisprudência, quando da aplicação do Direito, pode e deve ser invocada, para fundamentar uma decisão, razão pela qual deve ser também considerada fonte do Direito.

Cumprido ressaltar, que a jurisprudência e as súmulas não vinculantes podem e é ideal que estejam presentes nas decisões judiciais, mas nunca sozinhas. Elas são fontes importantes, mas complementares, em razão de não possuírem a mesma força normativa presente na Constituição, na lei e nas súmulas vinculantes, por exemplo.

4.2.4. O PAPEL DA DOUTRINA EM UMA NOVA TEORIA DE FONTES

Reconhecendo o Direito como fenômeno social em constante transformação, não se pode admitir que o desprezo da doutrina enquanto fonte do Direito, uma vez que é evidente o seu caráter questionador, crítico e progressista.

Segundo Miguel Reale, “a doutrina, ou Direito Científico, compõe-se de estudos e teorias, desenvolvidas pelos juristas, com o objetivo de sistematizar e interpretar as normas vigentes e de conceber novos institutos jurídicos (...)”¹³⁰.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.116.

¹²⁹ BRASIL, **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 11 mar. 2017.

Fazzio Júnior, ao afirmar que a doutrina não possui o condão de oferecer conteúdo para a materialização do Direito, se equivoca, pois a doutrina põe em discussão as normas que podem vir a alterar-se e, conseqüentemente, influenciar na materialização do Direito.

A doutrina fomenta a discussão normativa, apresentando formas de interpretar o Direito ou propondo mudanças específicas e tal discussão move o ordenamento, resultando em melhores soluções aos casos concretos.

Há que se dizer, é claro, que a doutrina, tal qual a jurisprudência e as súmulas não vinculantes, deve ser vista como fonte complementar, no sentido que o juiz não pode fundamentar sua decisão tão-somente sobre um entendimento doutrinário, mas pode valer-se da doutrina, conjugada com as normas vigentes e em consonância com os ditames constitucionais.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, a doutrina é *“um importante recurso à produção de normas jurídicas individuais para preencher determinadas lacunas, sendo valiosa fonte de cognição”*¹³¹.

Cumprido destacar, finalmente, a previsão contida no artigo 93, IX da CF/88 que estabelece que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*.

É por determinação constitucional expressa, portanto, que as decisões deverão ser motivadas e seus motivos, abertamente e claramente fundamentados, inclusive, pela doutrina pátria.

Assim, é mais do que necessário se reconhecer o valor da doutrina enquanto fonte do Direito, uma vez os juristas buscam interpretar, apresentar novas visões e críticas a respeito do ordenamento, e isto, é mais do que necessário para que o Direito se renove e evolua.

4.2.5. O PAPEL DA ANALOGIA E DOS COSTUMES EM UMA NOVA TEORIA DE FONTES

Como visto, pela lição de Marlon Tomazette, o uso da analogia pressupõe a existência de uma lacuna, e não só isso, é necessário que haja uma norma aplicável a uma situação semelhante.

Considerando que quando o julgador faz uso da analogia ele utiliza outra fonte já existente, a analogia é mais bem entendida como **método**, do que **fonte**.

¹³⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. Op., cit., p. 326.

O artigo 140 do Código de Processo Civil disciplina que “*o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico*”. Nestes casos, o julgador pode se valer da analogia, utilizando outro texto normativo, aplicado a caso semelhante daquele em que se encontra em análise, para proferir sua decisão, balizando-se sempre, em outras fontes que fortifiquem a sua fundamentação.

A analogia é, portanto, a despeito que não ser justo considerá-la fonte, método muito útil e capaz de solucionar casos em que não há lei que os discipline.

O costume, por sua vez, se configura como as usos/práticas reiteradas em determinado sentido.

Oliveira ensina que: “*costume pode ser secundum legem (costume expressamente contido na própria lei); praeter legem (complementa a legislação, sua função é de preencher as lacunas da lei); contra legem (que se forma em oposição ao texto legal)*”¹³².

Venosa e Rodrigues, por sua vez esclarecem¹³³:

Para que o uso seja considerado costume, é fundamental que ocorra uma prática constante e repetitiva, durante prazo mais ou menos longo de tempo. O costume leva tempo e instala-se quase imperceptivelmente na consciência da sociedade. Assim nasceu, por exemplo, toda a teoria da letra de câmbio e dos títulos de crédito, cuja origem está nas feiras e nas cidades medievais. Há um momento em que o legislador entende ser necessário que o costume seja trasladado para a lei. (p. 07)

Não é qualquer costume, todavia, que pode servir como fonte do Direito, mas é notória a sua importância enquanto fonte. O próprio surgimento do Direito Empresarial não seria possível sem os usos e costumes estabelecidos na gênese deste Direito, como visto, no primeiro capítulo, à época das corporações de ofício.

Oliveira destaca que existe um requisito objetivo e outro subjetivo que devem ser preenchidos para que determinado costume seja considerado fonte. Vejamos¹³⁴:

(...) para o costume se caracterizar como fonte do direito, ele precisa possuir requisito objetivo e subjetivo. O elemento objetivo é o uso, que é a observância constante, prolongada e uniforme da regra pelos membros da comunidade. Já o requisito subjetivo, consiste na convicção geral de que o uso corresponde a uma necessidade jurídica. Do ponto de vista subjetivo, o costume deve transparecer como juridicamente obrigatório. (p. 335)

¹³² ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 335.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. Op., cit., p. 07.

¹³⁴ ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op., cit., p. 335.

Assim, constatado determinado costume, constante e reiterado, no cotidiano das relações jurídicas, preenchendo-se os requisitos citados acima, o ordenamento deve moldar-se no sentido de regular tal prática.

O costume assemelha-se, ao nosso ver, às próprias fontes materiais, que expressam o contexto histórico, político, econômico e cultural da sociedade e que oferecem substrato fértil para a criação das leis. Logo, é fonte de suma importância.

4.3. ANÁLISE CRÍTICA À ATUAL CONCEPÇÃO DE FONTES DO DIREITO EMPRESARIAL EXPRESSA PELA DOUTRINA

Da análise do capítulo anterior, nota-se que muitos doutrinadores preocuparam-se demasiadamente em demonstrar seu entendimento sobre ser ou não o Código Civil fonte do Direito Empresarial, e caso afirmativo, se é fonte primária ou secundária e se esqueceram de questões mais relevantes, como exemplo: *Quais princípios norteiam o Direito Empresarial?; Qual o papel deles na aplicação deste Direito?; Qual a importância da Constituição Federal de 1988 para a materialização do Direito Empresarial?*.

O cerne da questão não é debater quais leis são de Direito Empresarial, mas sim qual o papel desempenhado pela CF/88 no ordenamento como um todo.

Apesar de que, como já dito, as edições das doutrinas utilizadas neste estudo sejam pós 1988, observa-se, lamentavelmente, que poucas e mais precisamente, apenas **seis** das **catorze** doutrinas estudadas, indicam, primeiramente, a Constituição de 1988 como fonte.

Aliás, destas **seis** doutrinas, apenas **três** destacam a verdadeira importância da Constituição como norte da aplicação do Direito. Entre eles, Waldo Fazzio Júnior destaca a CF/88 como “*núcleo reitor programático da ordem jurídica*”, Ricardo Negrão registra a “*primazia*” das Constituições e Edilson Enedino das Chagas, por sua vez, cita a importância da teoria pós-positivista para a ascensão de “*norma-princípios*”.

Ainda é possível notar que mesmo estes três autores falam de forma tímida a respeito da força normativa da Constituição atual e, ademais, não atualizam satisfatoriamente as demais fontes de forma a coadunar com o atual paradigma jurídico-filosófico, apresentando ainda e ao revés, a base do positivismo clássico em suas concepções.

Um exemplo claro da concepção positivista expressa por **mais da metade** das obras estudadas, é o destaque ao artigo 4º da LINDB, que prevê a subsidiariedade dos princípios, ideia que não cabe mais em nosso ordenamento, como visto alhures.

Alguns autores citam ambos – princípios constitucionais e princípios gerais de direito – sem demonstrar a diferenciação existente entre eles e o papel de cada um na aplicação do Direito Empresarial.

Outrossim, defender, em um mesmo entendimento de fontes, duas espécies de princípios de essências antagônicas, de modo que um verbera uma concepção positivista, e outro uma concepção pós-positivista é de uma contradição manifesta.

De outra banda, três autores **sequer citam** princípios ao discorrer sobre as fontes do Direito Empresarial.

Tal seara possui múltiplos princípios, alguns expressos pela CF/88 e a maioria espalhada pela legislação infraconstitucional. Dentre eles, os da: **livre iniciativa, livre concorrência, função social da empresa, preservação da empresa**, etc. E representam, hoje, uma das mais relevantes fontes, sendo, por isso, absolutamente descabida a sua omissão quando se trata das fontes do Direito Empresarial.

Vê-se, portanto, que a doutrina defende muitos posicionamentos conflitantes com a atual conjuntura constitucional. E tal constatação é temerária.

A doutrina é recorrentemente utilizada tanto pelos estudantes de Direito em sua formação, quanto pelos profissionais que lecionam, defendem, pleiteiam e aplicam o Direito todos os dias, daí o perigo de se conter, nestas obras, concepções deturpadas a respeito das fontes do Direito Empresarial – e não só deste ramo –, uma vez que tais concepções serão reproduzidas, podendo surtir efeitos maléficos aos casos concretos, em discordância com o que é proposto pelos ditames trazidos pelo neoconstitucionalismo.

Sendo assim, para uma correta e boa aplicação de todas as fontes empresariais, é imprescindível que o jurista esteja atento ao novo paradigma, de modo a reconhecer a força normativa da CF/88, de seus princípios e direitos fundamentais, para então compreender o papel de cada um dos textos normativos existentes em nosso ordenamento que devem ser utilizados em consonância com a lei fundamental.

É preciso atentar, frisa-se, que a influência exercida pela CF/88 é **incisiva** e **decisiva**, visto que o Direito Empresarial só poderá atender os casos concretos a partir do aval e controle constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como fito analisar o desenvolvimento das fontes do Direito Empresarial no decorrer da história, bem como analisar as atuais concepções dos doutrinadores empresarialistas pátrios sobre o tema das fontes, para então confrontar tais análises, com o novo paradigma constitucional contemporâneo, propondo um novo olhar sobre os princípios, leis em geral, doutrina, jurisprudência, súmulas, tratados internacionais, analogia e costumes.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, adotando-se o Estado Democrático de Direito, sobre o qual predomina o princípio máximo da dignidade humana, não basta mais a simples adequação do fato ao tipo de lei. É necessário agora, analisar a compatibilidade vertical imposta pela Constituição, visando uma correta interpretação e uma justa aplicação das normas.

No entanto, pôde-se perceber que, a despeito da ascensão do pós-positivismo no Brasil, com o conseqüente deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento, bem como com a atribuição de normatividade aos princípios, o Direito Empresarial atualmente não é satisfatoriamente interpretado a partir deste novo paradigma, de modo que grande parte dos doutrinadores ainda demonstra a base clássica positivista de se classificar as fontes deste ramo do Direito.

Alguns doutrinadores, muito embora citem a CF/88 como fonte do Direito Empresarial, ainda consideram os velhos “princípios gerais de direito” previstos no art. 4º da LINDB, que, apesar de vigente, verbera uma concepção positivista classista e patentemente ultrapassada.

Como visto, a essência do entendimento positivista prega a aplicação da lei, sem que haja a influência de valores e aspectos morais, devendo o julgador, ater-se à “moldura da lei” quando da aplicação do Direito.

Não se pode mais admitir tal esta visão nos dias atuais, de modo que a alocação da Constituição Federal de 1988 não merece outro lugar, se não no topo da hierarquia de fontes do Direito como um todo, e em especial do Direito Empresarial.

Assim, a partir de todas as análises aqui desenvolvidas, pôde-se perceber que as correntes jurídico-filosóficas que se instalam em cada contexto histórico surtem efeitos diretos na concepção de fontes do Direito e a CF/88 aliada às concepções pós-positivistas, na

atualidade, deu mais do que boas razões para uma verdadeira transformação no entender das fontes.

Portanto, todas as fontes supralegais e infraconstitucionais devem ser analisadas sob o prisma da Constituição Federal de 1988, atento tanto aos *princípios* – que tiveram seu conceito transformado – como aos *direitos fundamentais*, considerando que a aplicação do Direito não pode se exceder à rigidez da lei ao ponto de permitir injustiças, nem exceder à flexibilidade dos princípios ao ponto de permitir arbitrariedades, numa balança entre regras e princípios que não penda demais para um dos lados, respeitoso ao Estado Democrático de Direito.

Ademais, fundamentar a decisão tão-somente na lei, ou tão-somente nos princípios, não é o bastante. No atual Estado Constitucional, as decisões devem ser amplamente fundamentadas, como forma de evitar decisões injustas.

Como se pôde ver, toda a releitura das fontes aqui proposta orbita sobre uma premissa simples e de valor imensurável: **todo o ordenamento, não só empresarial, na ocasião de sua aplicação no caso concreto, deve contemplar à Constituição Federal de 1988, de modo a respeitar seus ditames.**

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ADVOCACIA, Ribeiro Rocha. **Profissionais**. Disponível em: <<http://www.ribeirorocha.com.br/profissionais/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 6, setembro, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 05/02/2017.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. In **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de direito constitucional Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERTOLDI, Marcelo Marins. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Profissionais**. Disponível em: <<http://www.marinsbertoldi.com.br/profissionais/mmb/>>. Acesso em 14 fev. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 286.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 11 mar. 2017.

_____. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**.

BRASIL, Jus. **Fábio Bellote Gomes**. Disponível em: <<https://fabiobellote.jusbrasil.com.br/>> Acesso em: 01 mar. 2017.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. **A Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Repercussão no Direito do Trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005)**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 73. N. 4. out/dez 2007.

CAVALLI, Cássio Machado. **Direito Comercial: Passado Presente e Futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, FGV, 2012.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 1**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Fábio Ulhoa Coelho**. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 28. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Manual de Direito Comercial, v. 1**, Coimbra: Almedina, 2001.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Medida Provisória**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/medida-provisoria>> Acesso em: 01 març. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed. rev. atual., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050> Acesso em 22 nov. 2016.

ESCAVADOR. **Elisabete Teixeira Vido dos Santos**. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/3777375/elisabete-teixeira-vido-dos-santos>>. Acesso em 14 fev. 2017.

_____. **Marlon Tomazette**. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/6768997/marlon-tomazette>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. **Vera Helena de Mello Franco**. Disponível em: <<http://www.escavador.com/sobre/6534351/vera-helena-de-mello-franco>> Acesso em: 27 fev. 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do Positivismo ao Pós-Positivismo Jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**.

Disponível em:
 <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>
 Acesso em: 08 fev. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa**. 7. ed., Curitiba: Positivo, 2008.

FILHO, José Maria Rocha; ROCHA, Gustavo Ribeiro. **Curso de: Direito Comercial – Teoria Geral da Empresa e Direito Societário**. 2. ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial – Tradução de João Espírito Santo**. Lisboa: Editores, 1990

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de Direito Empresarial**. 5. ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 11. ed. rev., atual., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 17. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016.

JURÍDICO, Gen. **André Luiz Santa Cruz Ramos**. Disponível em:
 <<http://genjuridico.com.br/andrerramos/>>. Acesso em 14 fev. 2017.

JURÍDICO, Gen. **Waldo Fazzio Júnior**. Disponível em:
 <<http://genjuridico.com.br/waldofazziojunior/>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LINKEDIN. **Mônica Gusmão**. Disponível em: <<https://br.linkedin.com/in/monica-gusmao-aa6a7383>>. Acesso em 14 fev. 2017.

MACHADO, Fernanda. **Renascimento comercial e urbano: Surgem os burgos e a burguesia**. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/renascimento-comercial-e-urbano-surgem-os-burgos-e-a-burguesia.htm>> Acesso em 01/02/2017.

MARANHÃO, Ney. **O fenômeno pós-positivista**. Teresina: Revista Jus Navigandi, ano 14, n. 2246, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13387>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 37. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 1**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia, Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra, 2003.

PROFISSIONAIS DO ANO. **Cláudia Rodrigues.** Disponível em: <http://profissionaisdoano.com.br/mostrar_profissionais.aspx?id=367> Acesso em 01 de mar. 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito comercial ou direito empresarial? Notas sobre a evolução histórica do *ius mercatorum*.** Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/540558> Acesso em: 01/02/2017.

_____. **Direito empresarial esquematizado.** 4. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SKOOB. **Sílvio de Salvo Venosa.** Disponível em: <<https://www.skoob.com.br/autor/10508-silvio-de-salvo-venosa>> Acesso em: 01 mar. 2017.

SP, OAB. **OAB SP lamenta morte de Vera Helena de Mello Franco.** Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2015/02/oab-sp-lamenta-morte-de-vera-helena-de-mello-franco-1.9874>> Acesso em: 27 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional da Empresa.** Rio de Janeiro: Método, 2013.

TELES, Tayson Ribeiro. **Caso Luth e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14827> Acesso em 22/11/2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática.** 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Experiência profissional.** Disponível em: <www.tarcisioiteixeira.com.br/novo/experiencia-profissional>. Acesso 14 fev. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1.** 5. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial.** 7. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial.** 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.