

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

***LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIÁLOGO
ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL***

ROBERTO EPIFANIO TOMAZ

Itajaí (SC), outubro de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

***LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIÁLOGO
ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL***

ROBERTO EPIFANIO TOMAZ

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, para
obtenção do grau de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior

Itajaí (SC), outubro de 2006

AGRADECIMENTO

A DEUS por JESUS e pela constante provisão de todos os bens necessários à vida e por mais esta importante vitória. A Ti, ó Senhor, seja dada toda Glória e Honra por este trabalho, Amém!

Aos meus Pais, Irmãos e Familiares que colaboraram com minha formação, em especial a minha incansável mãe, Sra. Irian Agostini de Souza.

A minha amada esposa, Gláucia Gaviolli de Arruda Tomaz, fiel auxiliadora, mulher sábia que edifica seu lar com amor e graça divina, minha paixão. Aos meus filhos Mateus e Mayara, herança do Senhor. Ao professor e orientador, Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior, que sabiamente soube guiar os passos desta obra. Aos mestres do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI, ao meu sócio na formação jurídica, Professor MSc.

Leonardo Matioda, aos amigos e acadêmicos do Curso de Direito da UNIVALI, e a todos que direta e indiretamente colaboraram com a realização deste trabalho, agradeço.

DEDICATÓRIA

Ao PAI de todos nós, a Roberto Manoel Tomaz (*in
memorian*) e a Carlos Alexandre de Souza (*in
memorian*) dedico este trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), outubro de 2006.

Roberto Epifanio Tomaz
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente dissertação de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo mestrando Roberto Epifanio Tomaz, sob o título Limites e Possibilidades do Diálogo entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial, foi submetida em 05 de outubro de 2006 à banca examinadora composta pelos seguintes professores: Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Presidente da Banca; Prof. Dr. Augusto Jaeger Júnior, Membro Convidado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, Membro da Universidade do Vale do Itajaí, e aprovada com a nota 9,2 (nove vírgula dois).

Itajaí (SC), 05 de outubro de 2006

Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior
Orientador e Presidente da Banca

Professor Doutor Augusto Jaeger Júnior
Membro

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa
Membro

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
OMC	Organização Mundial do Comércio
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Autonomia do Ramo do Direito

Liberdade que goza determinado ramo do direito em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial¹.

Autônomo

Aquele que não está sujeito à potência estranha, que se governa por leis próprias. Independente, livre, quem goza de organização individual².

Comércio

Complexo de atos de intromissão entre o produtor e o consumidor, que, exercidos habitualmente, e com fins de lucro, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza e da indústria, para tornar mais fácil a pronta procura da oferta³.

Diálogo

Conversação entre duas ou mais pessoas. Composição em que as vozes ou instrumentos se alternam ou respondem⁴.

Diálogo de Fontes

Conforme a Teoria de Erik Jayme, constitui-se num dado que evoca-se da comunicação do Direito Internacional Privado, e o fenômeno mais importante deste fato é que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre a fonte mais heterogênea⁵.

Direito Comercial

É o ramo do direito privado que regula a atividade do antigo comerciante e do

¹ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES FILHO, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**, p. 89.

² MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**, p. 266.

³ VIDARI *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, p. 5.

⁴ MICHAELIS, *op cite*, p. 716.

⁵ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**, p. 259.

moderno empresário, bem como suas relações jurídicas, firmadas durante o exercício profissional das atividades mercantis e empresariais⁶.

Direito Civil

O direito civil é, no campo do direito privado, o direito comum que preside as relações entre particulares, regendo-as sempre que não caiam sob o domínio de uma lei especial⁷.

Direito Empresarial

O produto do diálogo de várias fontes legislativas convergentes que regulam todos os interesses decorrentes do desenvolvimento da atividade empresarial.

Empresa

Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens⁸.

Empresário

Toda pessoa capaz, não proibida, que exerce, profissionalmente, em nome próprio, atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Limite

Linha ou ponto divisório entre determinada extensão superficial ou terreno e o espaço superficial ou terreno adjacente; linha de demarcação⁹.

Possibilidade

Qualidade do que pode ser, existir, acontecer, fazer-se ou praticável. Possível, realizável¹⁰.

⁶ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**, p. 10.

⁷ WALD, Arnoldo. **Direito civil: introdução e parte geral**, p.15.

⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 100.

⁹ MICHAELIS, *op cite*, p. 1256.

¹⁰ *Idem*, p. 1679.

SUMÁRIO

RESUMO	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	17
QUESTÕES INTRODUTÓRIAS: CONCEITOS, PRINCÍPIOS E MÉTODOS	17
1.1 CONCEITOS	17
1.1.1 DIREITO CIVIL	17
1.1.2 DIREITO COMERCIAL	19
1.1.3 DIREITO EMPRESARIAL	20
1.1.4 EMPRESA	22
1.1.5 EMPRESÁRIO	22
1.1.6 TEORIA DOS ATOS DO COMÉRCIO	23
1.1.7 TEORIA DA EMPRESA	24
1.1.8 AUTONOMIA DO RAMO DO DIREITO	25
1.1.9 NORMA	27
1.1.10 PRINCÍPIO	29
1.1.11 FONTES DO DIREITO	30
1.1.12 DIÁLOGO ENTRE FONTES DO DIREITO	32
1.1.13 MICROSISTEMAS JURÍDICOS	33
1.2 PRINCÍPIOS	36
1.2.1 PRINCÍPIOS RELEVANTES DO DIREITO CIVIL	36
1.2.2 PRINCÍPIOS RELEVANTES DO DIREITO COMERCIAL	39
1.2.3 PRINCÍPIOS RELEVANTES DO DIREITO EMPRESARIAL	40
1.3 MÉTODOS	41
1.3.1 INDUTIVO	41
1.3.2 DEDUTIVO	42
CAPÍTULO 2	44
DIREITO COMERCIAL	44
2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO	44
2.2 CONCEITO	54
2.3 NATUREZA JURÍDICA	58
2.4 DIREITO COMERCIAL E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO	60

2.5 O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO	61
2.5.1 LEGISLAÇÃO ESPECIAL.....	64
2.5.2 REVOGAÇÃO DA PARTE PRIMEIRA PELO CC2002.....	65
2.6 PRINCÍPIOS DE DIREITO COMERCIAL	68
CAPÍTULO 3	71
DIREITO EMPRESARIAL	71
CAPÍTULO 4	98
LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL.....	98
4.1 O DIÁLOGO DAS FONTES	98
4.2 DIÁLOGO ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	129

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto de investigação os limites e possibilidades do diálogo entre as fontes e normas atribuídas classicamente ao Direito Comercial e aquelas modernamente atribuídas ao Direito Empresarial. Para tanto, a pesquisa, no primeiro capítulo, identifica e pontua questões básicas conceituais necessárias ao desenvolvimento do tema, tais como a conceituação dos ramos do Direito Civil, Comercial e Empresarial, a identificação da autonomia didática de cada um desses ramos e a identificação dos princípios gerais que os regem. O segundo capítulo trata especificamente do Direito Comercial, sua origem e evolução histórica, a natureza jurídica de suas normas, bem como a sua posição na legislação nacional, objetivando identificar claramente sua área de abrangência. Da mesma forma o terceiro capítulo identifica claramente o Direito Empresarial, distinguindo-o do Direito Comercial, sua origem e evolução, a natureza jurídica de suas normas, posição legislativa e princípios mais relevantes que o regem. Finalmente, tendo sido identificadas as questões introdutórias, bem como os ramos do Direito Comercial e Empresarial, o quarto capítulo volta-se então, à conceituação do diálogo das fontes, e por fim analisa os limites e as possibilidades deste diálogo entre as normas de Direito Comercial e de Direito Empresarial, visando melhor aproveitamento dos institutos das duas disciplinas jurídicas.

ABSTRACT

This study seeks to investigate the limits and possibilities of dialogue between the sources and norms traditionally attributed to Commercial law, and those attributed, in modern times, to Corporate Law. The first chapter identifies and highlights the basic conceptual issues needed to develop the theme, such as the conceptualization of branches of Civil, Commercial and Corporate law, identifying the didactic autonomy of each of these branches, and the general principles that govern them. The second chapter deals specifically with Commercial Law, its origins and historical development, the legal nature of its norms, and its position in the national legislation, with the aim of clearly identifying its area of scope. Likewise, the third chapter clearly identifies Corporate Law, distinguishing it from Commercial law, outlining its origin and evolution, the legal nature of its norms, its legislative position and the key principles that govern it. Finally, having identified the introductory questions, and the branches of Commercial and Corporate law, the fourth chapter then turns to the conceptualization of the dialogue of the sources, and finally, it analyzes the limits and possibilities of this dialogue between the norms of Commercial and Corporate Law, in order to make better use of the institutes of the two legal disciplines.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto aperfeiçoar a teoria do ordenamento jurídico, através do estudo dos princípios norteadores do Direito Comercial e do Direito Empresarial, vez que este se encontra no Código Civil e em legislação esparsa, visando colaborar para o diálogo das fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, e como objetivo institucional produzir dissertação de Mestrado Acadêmico para obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Seu objetivo é investigar a Teoria do Ordenamento Jurídico a fim de identificar bases principiológicas do Direito Civil, *in casu*, do Direito Empresarial e do Direito Comercial e possibilitar um diálogo entre tais fontes jurídicas, bem como identificar os princípios estabelecidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, apontar a manutenção da autonomia do Direito Comercial frente ao Direito Civil, e, analisar a abrangência de aplicação das normas de Direito Comercial na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, estabelecendo justificativa para a manutenção deste ramo.

Para tanto, a pesquisa inicia, no Capítulo 1, com objetivo de estabelecer as noções básicas necessárias para a futura análise do diálogo das fontes do Direito Empresarial e do Direito Comercial, apresentando alguns pontos teóricos básicos e conceituais, chamados questões introdutórias.

No Capítulo 2, apresenta-se o estudo mais pormenorizado do ramo do Direito denominado Direito Comercial, sua história, natureza jurídica, posição na legislação brasileira, princípios e características como forma de identificar claramente a área de abrangência deste ramo do Direito.

Dá-se seguimento à pesquisa no Capítulo 3, onde se apresenta a história, natureza jurídica, posição legislativa, princípios para o então denominado Direito Empresarial, buscando-se identificar claramente suas

características e justificar seu estudo à parte do que se entende por Direito Comercial.

No Capítulo 4, a pesquisa apresenta, então, a questão do diálogo das fontes e analisa as possibilidades e os limites do diálogo das fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial.

Por fim, são feitas as Considerações Finais, nas quais apresentam-se os pontos conclusivos destacados em cada capítulo que colaboram para a solução dos problemas abordados na pesquisa, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o diálogo entre as fontes do Direito Empresarial e o Direito Comercial.

As alterações introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, mais especificamente no Livro II – Do Direito de Empresa, trazem consigo alguma insegurança jurídica na atividade econômica, especialmente aos operadores e estudantes de Direito, relacionada ao ramo do Direito Comercial que classicamente se constituía como regras regulamentadoras da atividade mercantil, das quais emergem os seguintes questionamentos:

a) A edição do Código Civil de 2002 (CC2002) que dispõe nos artigos 966 a 1195, sobre o “Direito de Empresa” revogou, no seu artigo 2045 a Primeira Parte do Código Comercial Brasileiro, que dispunha sobre regras do Direito Empresarial, então regulada com base na Teoria dos Atos do Comércio. Dessa forma, qual o impacto da nova regulamentação encontrada no CC2002 no ordenamento jurídico brasileiro na autonomia do Direito Comercial?

b) Com a vigência do CC2002, mantêm-se os mesmos princípios que justificavam a autonomia do Direito Comercial frente ao Direito Civil?

c) É possível uma relação de complementaridade entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial, disposto no Código Civil e legislação esparsa (microsistemas)? Em caso afirmativo, quais os limites e possibilidades de tal diálogo entre as fontes?

Têm-se como possíveis respostas aos questionamentos formulados na apresentação dos problemas as seguintes hipóteses:

a) A base principiológica que justificaria a autonomia de cada norma posta em um mesmo ordenamento jurídico, fazendo com que cada uma tenha afinidade com determinado ramo do Direito, era adequada à Teoria dos Atos do Comércio que vigia à época da edição do Código Comercial Brasileiro (1850).

a.1) Tal disposição ficou desatualizada em face das transformações e complexidade da atividade econômica, incorporadas na Teoria da Empresa, que surgiu no Código Civil Italiano em 1942, e passou a disciplinar tanto a matéria civil quanto a comercial, em face da vagueza dos atos do comércio. A Teoria da Empresa não divide os atos em civis e comerciais, mas se importa como a atividade econômica é exercida na empresa.

a.2) Desta forma acredita-se que as alterações incluídas no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 10.406/2002, denominado CC2002, modificam a base teórica para a Teoria da Empresa, porém, não abalam a autonomia dos ramos do Direito que é estabelecida pela Constituição Federal.

b) Os princípios norteadores do Direito Comercial, mantidos pelo CC2002, bem como o assento constitucional (art. 22, I da CRFB) continuam a justificar sua autonomia frente ao Direito Civil.

c) Acredita-se que existe uma relação de complementaridade entre o Direito Empresarial e o Direito Comercial e que é necessário o diálogo entre as normas de aplicação de um e outro ramo do Direito

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que tanto na Fase de Investigação quanto na Fase de Tratamento de Dados, bem como no Relatório dos Resultados, expresso na presente dissertação, utilizou-se a base lógico-comportamental Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente¹¹, da categoria¹², dos conceitos operacionais¹³, da pesquisa bibliográfica¹⁴ e do fichamento¹⁵.

¹¹ "Explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**, p. 241.

¹² "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". PASOLD, *op cite*, p. 229.

¹³ "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, *op cite*, p. 229.

¹⁴ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, *op cite*, p. 240.

¹⁵ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, *op cite*, p. 233.

CAPÍTULO 1

QUESTÕES INTRODUTÓRIAS: CONCEITOS, PRINCÍPIOS E MÉTODOS

Para ser possível o estudo das possibilidades do diálogo entre as fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, é relevante, dentro da base lógico-comportamental adotada para essa pesquisa, iniciarmos o trabalho apresentando alguns pontos teóricos básicos e conceituais, para os quais denominamos: questões introdutórias.

A apresentação das questões introdutórias que serão tratadas no presente capítulo tem o objetivo de estabelecer as noções básicas necessárias para a futura abordagem e estudo do tema que o presente trabalho de pesquisa analisa.

1.1 CONCEITOS

1.1.1 Direito Civil

O primeiro dos conceitos básicos a serem trabalhados refere-se ao ramo do Direito denominado Direito Civil. Com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o Direito Civil passou a ser conceituado como o grande ramo do Direito Privado, que absorve em si outros ramos do Direito, em decorrência da unificação legal do Direito Privado em um só código de leis. Voltaremos a esta questão em item futuro, porque no momento, importa ressaltar que o estudo e conceito do denominado Direito Civil se dão antes pelo entendimento da divisão clássica¹⁶ do Direito em Público e Privado.

Na concepção de MONTEIRO¹⁷, Direito Público é o ramo do Direito destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade e diz respeito à

¹⁶ WALD, Arnaldo, *op cite*, p. 6.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral, p. 8-10.

comunidade, estruturando-lhe a organização, serviços, a tutela dos direitos individuais e a repressão dos delitos. Ainda se extrai da lição do mesmo autor, que o Direito Privado, por seu turno, se constitui no conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si, existindo uma relação de desigualdade entre o Estado e o administrado.

Da lição de MIRANDA¹⁸ sobre o Direito Privado, destaca-se:

“(...) O Direito Privado existe se e enquanto há regras jurídicas que tratam os homens somente como indivíduos em relação uns com os outros. Desde que o interesse geral, ou algo que se tem como tal, passa à frente, o Direito é Público, porque admite a situação de poder dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses”.

Sendo o Direito Privado o ramo que disciplina os interesses entre indivíduos ou que regula as relações entre particulares, surge então dentro dele, como ensina WALD¹⁹, o Direito Civil, como o Direito Privado Comum a todas as suas ramificações especiais, entre elas o Direito Comercial, o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor.

Neste diapasão GUSMÃO²⁰ assim define o Direito Civil:

“Direito Civil é a parte mais geral do Direito Privado, comum a todo indivíduo ou ente jurídico, independente de situação social, profissão ou função pública, igual para todos, que coloca ricos e pobres, governantes e governados, em pé de igualdade, disciplinando suas recíprocas relações patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando seus bens mais como valores de uso, prescrevendo e conferindo todos os elementos, requisitos e pressupostos sem os quais pessoas e entes jurídicos não poderiam participar das relações jurídicas... É o Direito Privado por excelência, aplicável sempre que não houver uma norma especial (Direito Comercial, p. ex.) ou excepcional disciplinadora da mesma matéria. Por tal motivo tem sido interpretado como o Direito Comum por excelência (...)”.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, p. 121.

¹⁹ WALD, Arnoldo, *op cite*, p. 7.

²⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Elementos de Direito Civil**, p. 11.

Sintetizando estas definições, para fins da presente pesquisa, adotamos a lição de WALD²¹, para quem o Direito Civil é, no campo do Direito Privado, o direito comum que preside as relações entre particulares, regendo-as sempre que não caiam sob o domínio de uma lei especial.

1.1.2 Direito Comercial

Não menos importante para o objeto da presente pesquisa é definir Direito Comercial. Como visto no item anterior, o Direito Comercial é considerado uma parte especial do Direito Privado, ou seja, se predispõe a regular interesses de indivíduos que exercem determinada atividade em especial.

Uma definição para o Direito Comercial moderno não pode olvidar, no entanto, a importante contribuição de suas fases históricas as quais influíram diretamente sobre o que hodiernamente podemos conceber como este ramo do Direito Privado. REQUIÃO²² ao estudar as fases históricas do Direito Comercial, pontua duas fases fundamentais até a sua evolução para a fase atual, a saber: primeira fase, a subjetivista; segunda fase, a objetivista; e a atual, a subjetivista moderna, sobre as quais estabeleceremos estudo mais aprofundado no Capítulo 2 desta pesquisa.

A influência das fases históricas pode ser observada na forma com que os autores definiam este ramo do Direito. Na primeira fase, ensina REQUIÃO²³, temos um Direito Comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário. Já, a segunda fase é marcada pelo conceito objetivista do ato do comércio, dos quais podemos destacar o proposto por SILVA²⁴ que assim o define:

“O Direito Comercial é definido e compreendido como o complexo de normas legais ou costumeiras, que regulam as relações provenientes da prática dos atos mercantis, e bem assim os

²¹ WALD, Arnaldo, *op cite*, p. 15.

²² REQUIÃO, Rubens, *op.cite*, p. 8.

²³ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 11.

²⁴ DE PLÁCIDO E SILVA. **Noções práticas de Direito Comercial**. V 1, p. 29.

direitos e obrigações das pessoas que, habitualmente, exercitam estes atos (os comerciantes) e de seus auxiliares”.

Destarte, levando-se em consideração a evolução histórica do Direito Comercial e tendo em vista que sua atual fase ainda está em construção, pareceu-nos mais adequado, adotarmos, de momento, o conceito apresentado por NEGRÃO²⁵, ao conceber o Direito Comercial como sendo o “ramo do Direito Privado que regula a atividade do antigo comerciante e do moderno empresário, bem como suas relações jurídicas, firmadas durante o exercício profissional das atividades mercantis e empresariais”.

1.1.3 Direito Empresarial

Dos conceitos básicos que introduzem esta pesquisa, o conceito de Direito Empresarial é o mais dificultoso, em razão do aspecto difuso, ou seja, disperso deste termo/categoria, bem como pela grande dificuldade dos autores em estabelecer uma concepção única para o que atualmente se pode considerar como Direito Empresarial.

NEGRÃO²⁶ ao tratar da conceituação do Direito Comercial destaca o que para ele se constitui a quase intransponível tarefa de se conceituar Direito Comercial e, por conseqüência, Direito Empresarial, assim lecionando:

“Como se verá adiante, não são poucas as dificuldades encontradas para conceituar comerciante no sistema adotado pelo Código Comercial de 1850, e padecem de semelhantes obstáculos as tentativas de conceituar empresa, objeto da unificação obrigacional concebida pelo novo Código Civil. Em conseqüência, trilhar-se-á o difícil e quase intransponível terreno que conduz aos conceitos de Direito Comercial e, por conseqüência, ao Direito de Empresa”.

MAMEDE²⁷ considera que a nomenclatura estabelecida pelo Código Civil, Direito da Empresa ou Direito Empresarial, não deve submeter à

²⁵ NEGRÃO, Ricardo, *op cite*, p. 10.

²⁶ *Idem*, p. 10.

²⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. Vol. 1, p. 41-42.

academia, e que os rótulos anteriores, quais sejam Direito Comercial, Direito do Comércio ou Direito Mercantil ainda se aproveitam plenamente, complementando: “o que se alterou foi à compreensão de mercado e de comércio, alargando-se para além dos augustos limites do que se entendeu, ao longo de mais de 150 anos, por ato do comércio”.

Outrossim, existe a divergência entre autores como BULGARELLI, ASQUINI e PONT²⁸ quanto à existência de um Direito Empresarial fora daquilo que se compreende como o Direito Comercial, e por sua vez da necessidade de um estudo especial para o chamado Direito Empresarial, assunto este que abordaremos melhor no Capítulo 3.

Desta forma, destacamos, por ora, que o próprio termo Direito Empresarial, deixa entrever que este ramo do Direito deverá se predispor a tutelar os vários tipos de interesses que envolvem o desenvolvimento das atividades empresariais como um todo, ligados não só na exploração da atividade econômica de forma organizada, como também ao tipo de carga tributária que é gerada em razão desta exploração, aos tipos de relações que serão arbitradas entre empresa e seus colaboradores, auxiliares, empregados e prepostos, daí também decorrendo interesses de níveis previdenciários, além de outros interesses ligados aos seus fornecedores, consumidores, etc.

Destarte, como se vê, as regras jurídicas que regulam estas várias relações de interesses, envolverão, dentro do Direito Empresarial, o estudo de uma série de outros ramos já consagrados do Direito, entre eles: o Direito Comercial, o Direito Tributário, o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário, dentre outros.

Não obstante, é essencial para o objeto da presente pesquisa estabelecer um parâmetro para que se possa, futuramente, tratar sobre as possibilidades e os limites do diálogo entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial. Por esta razão fundamental é a sua definição.

²⁸ BULGARELLI, Waldírio. **Estudos e pareceres de Direito Empresarial**. p. 14-15.

Assim sendo, utilizando a concepção formulada por Erik Jayme²⁹ quanto ao “diálogo das fontes”, o Direito Empresarial, para os fins da presente pesquisa, deverá ser entendido como sendo o produto do diálogo de várias fontes legislativas convergentes que regulam todos os interesses decorrentes do desenvolvimento da atividade empresarial.

1.1.4 Empresa

Como se pode constatar, o conceito de empresa é fundamental para um melhor entendimento das duas categorias anteriores. Malgrado o Código Civil ter unificado o Direito Privado em um só código de leis, adotando em seu conteúdo a chamada Teoria da Empresa (melhor definida no item 1.1.7 desta pesquisa), verifica-se que o legislador do CC2002 não se preocupou em apresentar um conceito legal para a empresa, limitando-se a traçar parâmetros legais para a figura do empresário no artigo 966 do mencionado diploma legal.

Destarte, não desejando retornar, no momento, à já mencionada dificuldade de conceituação da categoria, preferimos adotar para fins da presente pesquisa o conceito apontado por BULGARELLI³⁰, em seu Tratado de Direito Empresarial que a define como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

1.1.5 Empresário

Como visto no item anterior, o empresário é conceituado pelo CC2002 em seu artigo 966, que assim dispõe:

“Artigo 966 - Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

²⁹ JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**, p. 259.

³⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**, p. 100.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”³¹.

Agrega-se, no entanto, aos termos da lei outras expressões técnicas à categoria, essenciais a sua definição, que podem ser identificadas nos artigos que se seguem ao artigo 966 do CC2002. Assim, com base numa visão mais ampla da Lei, podemos, então, considerar empresário como sendo toda pessoa capaz, não proibida, que exerce profissionalmente, em nome próprio, uma atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços.

1.1.6 Teoria dos Atos do Comércio

Sendo o Direito Comercial um ramo do Direito Privado, torna-se necessário estabelecer com precisão quais espécies de relações jurídicas aplicam-se a ele. Daí a importância de estarmos definindo as teorias que delimitam a aplicação das regras ou normas jurídicas estudadas sob este designativo.

Como mencionado acima, o Direito Comercial passou, assim como os demais ramos do Direito, por etapas históricas evolutivas até chegar a fase atual onde pode ser considerado como parte das regras que regulam as atividades da empresa, compreensão esta derivada da chamada Teoria da Empresa que melhor trabalharemos no próximo item desta pesquisa, superando a então denominada Teoria dos Atos do Comércio.

Para COELHO³², a Teoria dos Atos do Comércio resume-se, “rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, em que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”.

³¹ BRASIL. **Código civil**; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal, p. 351.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, p. 15.

ROCCO³³ ao tratar sobre a Teoria dos Atos do Comércio leciona que a lei procurou determinar com precisão a que relações o Direito Comercial se aplicaria, ou, por outras palavras, qual o conteúdo social do Direito Comercial, ou ainda, como se costuma dizer, qual a matéria do comércio.

Destarte, para a Teoria dos Atos do Comércio é a atividade que dá origem às relações reguladas pelo Direito Comercial, e aquele por sua vez, é definido pela Lei. Com base nesta visão, ROCCO³⁴, conclui que “o ato do comércio será sempre um conceito de Direito Positivo”.

A precariedade deste sistema sempre residiu, na lição de ALMEIDA³⁵, na dificuldade de se chegar a um conceito do que sejam os atos de comércio, sendo o fracionamento da atividade econômica a sua característica e, também, por sua vez, o que a torna insuficiente com o avanço da economia e sua complexidade cada vez maior, especialmente pelo impacto da tecnologia, redução dos custos dos transportes e das comunicações. A mesma autora conclui que o Direito Comercial não pode ser apenas o direito dos atos de comércio isolados, ele desde há muito já se apresenta mais abrangente que isto, estabelecendo assim, a necessidade da formulação de uma nova teoria que possa melhor tutelar as espécies de relações jurídicas abrangidas por este ramo, resposta esta formulada na chamada Teoria da Empresa.

1.1.7 Teoria da Empresa

A proposta estabelecida pela Teoria da Empresa, como ensina NEGRÃO³⁶, teve sua origem na legislação italiana de 1942, que unificou no Código Civil, o direito obrigacional, daquela nação, fazendo desaparecer o Código Comercial como legislação separada, reiterando:

“Se, por um lado, o estudo dos atos de comércio decorre do conceito francês de comerciante – sistema da comercialidade – por outro, o conceito de empresa é construção italiana – sistema de empresarialidade – ao estabelecer regras próprias não mais

³³ ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**, p. 189-190.

³⁴ Idem, p. 190.

³⁵ ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. **Aspectos da teoria jurídica da empresa**, p. 243.

³⁶ NEGRÃO, Ricardo, *op cite*, p. 39.

àquele que pratica com habitualidade e profissionalidade atos de comércio, mas à atividade definida em lei como empresarial”.

O cerne da chamada Teoria da Empresa é o deslocamento do núcleo conceitual da matéria regida até então pelo Direito Comercial dos chamados atos do comércio para aqueles considerados como atos empresariais. Assim a Teoria da Empresa, comenta BULGARELLI³⁷, “superou as velhas discussões que, a nosso ver, pelo menos, parecem agora destituídas da importância de que poderiam ter-se revestido no passado, deslocando o pólo das indagações para a própria problemática da empresa”.

A proposta da Teoria da Empresa não se trata, no entanto, como comenta COELHO³⁸, de uma superação de um certo tratamento diferenciado das atividades econômicas, destacando que, essa teoria, bem examinada, apenas desloca a fronteira entre os regimes civil e comercial. Por esta razão, é mais apropriado, comenta o mesmo autor, entender a elaboração da Teoria da Empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina privada da atividade econômica e não como expressão da unificação do Direito Comercial e do Direito Civil.

A Teoria da Empresa envolve assim a matéria que disciplina o desenvolvimento de toda atividade econômica que seja exercida em caráter empresarial, ou seja, de forma organizada, para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não mais se preocupa com o tipo de atividade econômica, mas sim pela forma com que ela é exercida e que, portanto, deve ser tutelada pelo Direito.

1.1.8 Autonomia do Ramo do Direito

Tendo por base o conceito elaborado por MORAES FILHO³⁹, que considera a autonomia do ramo do Direito como sendo “a liberdade que goza determinado ramo do Direito em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial”, mister se faz caracterizar a autonomia do Direito Comercial tendo em vista que a unificação legislativa poderia ser

³⁷ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**, p. 48.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 17-18.

³⁹ MORAES FILHO, Evaristo de, *op cite*, p. 89.

vinculada, em primeira mão, como motivo para o desaparecimento deste ramo do Direito como um ramo especial.

Nesse diapasão, há que se ressaltar que a autonomia do ramo do Direito denominado como Direito Comercial é garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 22, inciso I, não obstante hodiernamente, contarmos com boa parte da matéria de Direito Comercial sendo regida pelo Livro II – Do Direito da Empresa, artigos 966 a 1.195, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, atual Código Civil.

Esse entendimento é compartilhado por COELHO⁴⁰ que ao tratar sobre a autonomia do Direito Comercial, leciona:

“No Brasil, a autonomia do Direito Comercial vem referida na Constituição Federal, que, ao listar as matérias da competência legislativa privativa da União, menciona “Direito Civil” em separado de “Comercial” (CF, art. 22, I). Na portaria do Ministério da Educação, é considerada disciplina curricular autônoma e essencial. Note-se que não compromete a autonomia do Direito Comercial a opção do legislador brasileiro de 2002, no sentido de tratar a matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil (Livro II da Parte Especial), já que a autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa”.

O mesmo autor, ainda fazendo menção à autonomia do Direito Comercial, comenta que também não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no Direito Privado brasileiro, da Teoria da Empresa, afirmando:

“Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixa de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do Direito Comercial. Aliás, a Teoria da Empresa não importa nem mesmo a unificação legislativa do Direito Privado. Na Espanha, desde 1989, o Código do Comércio

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27.

incorpora os fundamentos desta teoria, permanecendo diploma separado do Código Civil”⁴¹.

Deve-se, ainda, ressaltar que a autonomia do Direito Comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do Direito Privado, nem mesmo pela adoção da chamada Teoria da Empresa, na observação dos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas. Assim ratificando, COELHO⁴²:

“Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da Teoria da Empresa na Itália, e o Direito Comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados. Até mesmo em reformas curriculares recentes, como a empreendida na Faculdade de Direito de Bolonha a partir do ano letivo de 1996/1997, a autonomia do Direito Comercial foi amplamente prestigiada”.

Desta forma, permanece a autonomia do Direito Comercial, frente ao Direito Civil, regendo-se por princípios próprios, e com características de direito especial que serão melhor analisadas no segundo e terceiro capítulos desta pesquisa.

1.1.9 Norma

O estudo e o conceito da norma, e das normas jurídicas tem sido debatido por muitos juristas e filósofos ao longo dos tempos, campo este que por si só justificaria vários trabalhos de pesquisa devidamente elaborados o que, no entanto, não se constitui objeto da presente pesquisa.

Destarte, para não correr o risco da prolixidade, preferimos adotar o conceito formulado por MELO⁴³, para quem a “norma se constitui em toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para o agir”. Assim, há normas morais, econômicas, jurídicas, políticas, religiosas, etc.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27-28.

⁴² *Idem*, p. 28.

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**, p. 68.

A norma jurídica, por sua vez, considera MELO⁴⁴, como uma espécie do gênero da norma que tem como principais características: a) a coercibilidade, e b) a exigibilidade.

Desta forma, a norma jurídica difere-se de todas as outras espécies de normas, como, por exemplo, normas morais ou culturais, em razão de que seu cumprimento pode ser exigido sob pena de, não sendo cumprido, possuírem caráter coercitivo ou sancionador.

Por oportuno, faz-se necessário destacar a lição de BOBBIO⁴⁵ no que concerne a conceber o Direito como um “complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”.

Partindo-se assim da idéia de que o ordenamento jurídico é formado por normas, por sua vez, ensina BOBBIO⁴⁶, é inconcebível um ordenamento jurídico formado de uma norma única. Assim sendo, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.

Para BOBBIO⁴⁷ os principais problemas criados por estes relacionamentos de normas diversas dentro de um mesmo ordenamento jurídico são: em primeiro lugar quanto à unidade do sistema, onde surgem questões ligadas à hierarquia das normas; em segundo lugar sabendo-se que um ordenamento jurídico constitui-se, além de uma unidade, também um sistema, surgem, então, as questões ligadas às antinomias jurídicas; em terceiro lugar, todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente sistemático, pretende ser completo, surgem, portanto, os problemas das lacunas do Direito; e finalmente, os homens não estão sujeitos a um só ordenamento, mas diversos tipos, devendo,

⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de, *op cite*, p. 68.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 21.

⁴⁶ Idem, p. 31-32.

⁴⁷ Idem, p. 34-35.

portanto, serem examinadas as questões do reenvio de um ordenamento jurídico a outro.

São estes aparentes problemas de relações das normas jurídicas dentro de um mesmo ordenamento ou sistema jurídico que vão justificar a necessidade da existência de um diálogo entre as fontes, ou melhor, entre as normas deste ordenamento que se predispõe a ser um sistema, unitário e completo, sobre os quais essa pesquisa analisa no que tange ao campo do Direito Empresarial e ao campo do Direito Comercial.

1.1.10 Princípio

Por princípio ou princípios do Direito entende MELO⁴⁸ corresponder aos “fundamentos normativos da ciência jurídica; preceitos adotados em determinada cultura como fundantes da convivência social, podendo ser considerado, neste sentido, o mesmo que regras jurídicas”.

Para REALE⁴⁹,

“Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem vistas ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Ainda na lição de MELLO⁵⁰, princípio:

“É, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Compreendendo-se assim os princípios como aqueles que estabelecem regras fundantes em um ordenamento jurídico, bem como indicam

⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de, *op cite*, p. 79

⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 299.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 902-903.

características próprias a um determinado ramo deste ordenamento, aponta REQUIÃO⁵¹, algumas características que são próprias ao ramo do Direito Comercial, que pela sua natureza e estrutura de Direito Privado, o diferencia dos outros ramos do Direito, sobretudo do Direito Civil, pelos seguintes traços peculiares: cosmopolitismo, individualismo, onerosidade, informalismo, fragmentarismo e solidariedade presumida.

Sobre estas características e sobre os princípios gerais que regem as normas jurídicas estudadas pelo ramo do Direito denominado Direito Comercial que vamos mais adiante traçar uma análise mais pormenorizada para buscarmos descobrir se aqueles influenciam os limites e as possibilidades do diálogo entre as regras de Direito Comercial e as de Direito Empresarial.

1.1.11 Fontes do Direito

Por fontes do direito, como conceituam MAXIMILIANUS e ÉDIS⁵², se “entende ou se referem às nascentes, aos mananciais do Direito, ou seja, os meios pelos quais se formam as regras ou normas jurídicas”.

Segundo MONTEIRO⁵³, várias são as classificações dessas fontes, sendo que a mais importante divide-as em fontes diretas ou imediatas e fontes indiretas ou mediatas, assim classificando:

“Fontes diretas ou imediatas são aquelas que, por si sós, pela sua própria força, são suficientes para gerar a regra jurídica. São a lei e os costumes”.

“Fontes indiretas ou mediatas são as que não têm tal virtude, porém encaminham os espíritos, mais cedo ou mais tarde, à elaboração da norma. São a doutrina e a jurisprudência”.

VENOSA⁵⁴ ensina que é necessário distinguir entre as fontes diretas e as indiretas, porque:

⁵¹ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 31.

⁵² MAXIMILIANUS, Cláudio Américo Führer; ÉDIS, Milaré. **Manual de direito público e privado**, p. 37.

⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros, *op cite*, p. 12.

“(…) as fontes diretas, ou seja, as que de per si têm força suficiente para gerar a regra jurídica, as quais podem ser denominadas, segundo a doutrina tradicional, fontes imediatas ou primárias. Ao lado dessas, há as denominadas fontes mediatas ou secundárias, as que não têm força das primeiras, mas esclarecem os espíritos dos aplicadores da lei e servem de precioso substrato para a compreensão e aplicação global do Direito”.

Mister ainda se faz ressaltar a lição de GUSMÃO⁵⁵ para quem ditas fontes (lei e costumes) são consideradas formais existindo ainda as chamadas fontes materiais que estão ligadas aos fatos econômicos, fatos sociais, problemas demográficos, clima etc, que considera ser aquelas determinantes ao conteúdo das normas jurídicas, asseverando: “são constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com as quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá conteúdo ou matéria às regras jurídicas, isto é, às fontes formais do Direito (lei, regulamento etc)”.

Assim sendo, as fontes formais são aquelas que dão forma às fontes materiais que lhe estabelecem o conteúdo. A lei, ou a norma jurídica escrita é, na opinião de MONTEIRO⁵⁶, sem dúvida a mais importante delas. Posição esta que também se pode observar na opinião de BEVILÁQUA⁵⁷, para quem a lei se constitui “numa regra geral, que emanada de autoridade competente é imposta, coativamente, à obediência a todos, assim, sempre que o legislador que se proponha a tratar sobre matéria jurídica será a lei a sua principal fonte de consulta e partida”.

As normas costumeiras ou consuetudinárias também se prestam como fonte do Direito. MAXIMILIANUS e ÉDIS⁵⁸ comentam que “havendo lacuna na lei, não se segue que lacunosa seja a ordem jurídica, e então a questão será resolvida mediante recurso aos costumes, segunda fonte imediata do Direito”.

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. V 1, p. 35-36.

⁵⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**, p. 101-102.

⁵⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, *op cite*, p. 12.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. V 1, p. 70.

⁵⁸ MAXIMILIANUS, Cláudio Américo Führer; ÉDIS, Milaré, *op cite*, p. 38.

Os costumes, leciona MONTEIRO⁵⁹, desfrutavam de larga projeção no Direito antigo, devida a escassa função legislativa e ao número limitado de leis escritas; no Direito moderno, no entanto, de modo geral, foi ele perdendo paulatinamente sua importância; “mas nem por isso se converteu num ramo morto do Direito, ou num conceito do passado. Continua a brotar da consciência jurídica popular, como inicial manifestação do Direito”.

A doutrina, forma-se, segundo MONTEIRO⁶⁰, por meio dos pareceres dos juristas, dos ensinamentos dos professores, das opiniões dos tratadistas e dos trabalhos forenses, asseverando que “por seu intermédio, depura-se e cristaliza-se o melhor critério interpretativo, a servir de guia para o julgador e de boa orientação para o legislador”.

Por derradeiro, a jurisprudência é conceituada como sendo as regras gerais que se extraem das reiteradas decisões dos tribunais num mesmo sentido, numa mesma direção interpretativa, destacando MAXIMILIANUS e ÉDIS⁶¹ que “sempre que uma questão é decidida reiteradamente no mesmo modo surge a jurisprudência, consistindo, assim, numa fonte indireta do Direito”.

1.1.12 Diálogo entre Fontes do Direito

Podemos conceituar diálogo como a “conversação entre duas ou mais pessoas; a composição em que vozes ou instrumentos se alternam ou respondem”⁶². Trata-se da troca de informações, de dados, de aspirações ou influências. Segue-se, no entanto, o questionamento: qual a razão do diálogo entre as fontes do direito?

Esta questão será estudada melhor no último capítulo deste trabalho, porém, nesse momento destacamos que o diálogo entre as fontes apresenta-se como uma forma de se harmonizar ou solucionar aparentes conflitos

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, *op cite*, p. 18.

⁶⁰ *Idem*, p. 20.

⁶¹ MAXIMILIANUS, Cláudio Américo Führer, *op cite*, p. 40.

⁶² MICHAELIS, *op cite*, p. 716.

existentes entre normas jurídicas convergentes, encontradas dentro de um mesmo sistema ou ordenamento jurídico, nas palavras de MARQUES⁶³,

“Diálogo porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato”.

O diálogo entre as fontes do Direito trata assim, da possibilidade de conversação entre duas ou mais fontes do Direito, na busca de uma melhor aplicação para a norma jurídica. Trata, outrossim, não somente da possibilidade de conversação entre fontes diretas ou imediatas do Direito entre si e/ou com as fontes indiretas ou mediatas, mas também da possibilidade da existência de conversação entre as próprias normas jurídicas existentes e estudadas sob os mais diversos ramos do Direito e aparentemente conflitantes.

Para uma melhor compreensão sobre a proposta do diálogo entre as fontes do direito, mister se faz não perder de vista a identificação já apresentada (item 1.1.9), na visão de BOBBIO⁶⁴, do Direito como um sistema jurídico. Outrossim, mister identificar, dentro deste mesmo ordenamento os chamados microsistemas jurídicos, alvo de nossa análise no próximo item.

1.1.13 Microsistemas Jurídicos

Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas. Não obstante, leciona REALE⁶⁵, é inegável que, apesar das mudanças que se sucedem no espaço e no tempo, continuamos a referir-nos sempre a uma única realidade, asseverando que: “antes de se fazer o estudo de determinado campo do Direito, impõe-se uma

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas, p. 74-75.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 21.

⁶⁵ REALE, Miguel, *op cite*, p. 4.

visão de conjunto; ver o Direito como um todo, antes de examiná-lo através de suas partes especiais”.

Destarte, não perdendo de vista a idéia do Direito como um sistema unitário, REALE⁶⁶ afirma, ainda, que o Direito é, pois, “um conjunto de estudos discriminados que abrange um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem por sua vez o nome de disciplina”. Eis aí os sistemas jurídicos.

Uma primeira divisão do sistema jurídico é a sua distinção entre Direito Objetivo e Subjetivo, sobre os quais leciona MARTINS⁶⁷:

“Diz-se Direito Objetivo aquele complexo de normas que são impostas às pessoas, tendo caráter de universalidade, para regular suas relações. É o Direito como norma (*ius est norma agendi*). Já o Direito Subjetivo é a faculdade da pessoa postular seu direito, visando à realização de seus interesses (*ius est facultas agendi*)”.

O Direito Objetivo, por sua vez, se subdivide em Direito Público e Direito Privado, onde toda regra de Direito, leciona MONTEIRO⁶⁸, “forçosamente vai se enquadrar num ou noutro ramo desta subdivisão do Direito”.

Sobre o mesmo assunto, assim considera REALE⁶⁹:

“O Direito divide-se, em primeiro lugar, em duas grandes classes: o Direito Privado e o Direito Público. As relações que se referem ao Estado e traduzem o predomínio do interesse coletivo são chamadas relações públicas, ou de Direito Público. Porém, o homem não vive apenas em relação com o Estado mais também e principalmente em ligação com seus semelhantes: a relação que existe entre pai e filho, ou então, entre quem compra e quem vende determinado bem, não é uma relação que interessa de maneira direta ao Estado, mas sim ao indivíduo enquanto particular. Essas são as relações de Direito Privado”.

⁶⁶ REALE, Miguel, *op cite*, p. 4.

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de direito público e privado**, p. 5.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, *op cite*, p. 8.

⁶⁹ REALE, Miguel, *op cite*, p. 4.

Na divisão do Direito como Direito Público, MONTEIRO⁷⁰ aponta sua subdivisão em: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Judiciário, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Internacional e o Direito Eclesiástico; já para o Direito Privado, o mesmo autor, aponta a subdivisão em Direito Civil e Direito Comercial.

Há ainda outras classificações, como aquela apresentada por MARTINS⁷¹, para quem o Direito se divide em Direito Natural e Positivo, e dentro deste último, Direito Nacional e Internacional. Para este autor o Direito Internacional tanto como o Nacional se dividem em: Público e Privado e esses apresentam suas respectivas subdivisões. Para o Público: Direito Constitucional, Direito Econômico, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Processual, e Direito da Seguridade Social; e para o Privado, Direito Civil, Direito Comercial e Direito do Trabalho.

Destarte, como se pode observar, há divergências quanto ao enquadramento de uma ou outra dessas disciplinas quanto à sua classificação dentro do Direito Público ou do Direito Privado. O que importa, porém, por ora destacar, assim como aponta REALE⁷², é que a disciplina jurídica obedece a um tipo de unidade, que não é física ou orgânica, porém finalística e teleológica.

Seguem-se a estas classificações, ou subdivisões do Direito em ramos já classicamente considerados, os chamados microsistemas jurídicos, ou especialidades dentro de cada ramo, de cada sistema. Dentre eles, podemos apontar, por exemplo, no Direito Civil, o chamado Direito do Consumidor; no Direito Comercial, o chamado Direito Societário; dentro do atual Direito Empresarial o chamado Direito da Recuperação Judicial e Falimentar, entre outros.

⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros, *op cite*, p. 9-10.

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto, *op cite*, p. 8-9.

⁷² REALE, Miguel, *op cite*, p. 7.

1.2 PRINCÍPIOS

Se buscarmos a definição etimológica, na lição de MARTINS⁷³, “princípio vem do latim *principium* ou *principii*, indicando significado de origem, começo, base, expressando, outrossim, num contexto vulgar, o começo da vida ou o primeiro instante. Na linguagem leiga, é o começo, o ponto de partida, a origem, a base. São normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas”.

Já para REALE⁷⁴, como destacamos alhures:

“Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Destarte, para o Direito, princípio é seu fundamento, a base que irá informar e orientar as normas jurídicas e distinguir os campos de atuação de cada uma destas normas, mas também, é o elo de ligação entre elas, a união dos vários sistemas e microsistemas jurídicos em um único tronco, ou seja, em um único grande sistema jurídico.

É relevante, portanto, para fins da presente pesquisa, destacar os princípios norteadores dos sistemas e microsistemas que propomos analisar, a fim de indicar, futuramente, os limites e também as possibilidades do diálogo de suas normas.

1.2.1 Princípios Relevantes do Direito Civil

No amplo domínio do Direito Privado, cita REALE, destaca-se o Direito Civil “como direito fundamental ou “Direito Comum” a todos, no sentido de disciplinar o modo de ser e de agir das pessoas, com abstração de sua condição social, muito embora exercendo funções ou atividades diferenciadas”. E por assim ser, comenta este mesmo autor, que o Código Civil tende a reunir em

⁷³ MARTINS, Sérgio Pinto, *op cite*, p. 28.

⁷⁴ REALE, Miguel, *op cite*, p. 305.

seu contexto regras pertinentes a situações especiais, envolvendo, porém, ao conteúdo ou objeto do Direito Civil.

Destarte, REALE⁷⁵ apresenta que ao Direito Civil agrega-se, como suas vigas mestras, ou elementos basilares, os seguintes princípios que, numa sociedade democrática, condicionam toda a vida jurídica, a saber:

- a) A idéia de que todo ser humano é sujeito de direitos e obrigações pelo simples fato de ser homem (princípio da personalidade);
- b) O reconhecimento de que a geral capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder de praticar certos atos ou abster-se deles, segundo os ditames de sua vontade (princípio da autonomia da vontade);
- c) A admissão de que esse poder implica a faculdade de outorgar direitos e aceitar deveres, nos limites da lei, dando existência a relações ou situações jurídicas, como os negócios jurídicos, em geral, e os contratos em particular (princípio da liberdade de estipulação negocial);
- d) O reconhecimento de que o ser humano, por seu trabalho ou por formas outras que a lei contempla, pode exteriorizar a sua personalidade em bens imóveis ou móveis que passam a ser objeto exclusivo de seu querer, e de seu patrimônio (princípio da propriedade individual);
- e) A idéia de que entre as situações jurídicas constituídas pelo livre querer dos indivíduos uma há que é a expressão imediata de seu ser pessoal, a família, a cobro de indébitas ingerência em sua vida íntima (princípio da intangibilidade familiar);

⁷⁵ REALE, Miguel, *op cite*, p. 361-362.

- f) A aceitação de que, entre os poderes que o ser humano exerce sobre os seus bens, inclui-se o de poder transmiti-los, no todo ou em parte, a seus herdeiros, a começar dos descendentes (princípios da legitimidade da herança e do direito de testar);
- g) A função social dos direitos civis, da propriedade e dos negócios jurídicos (atos e contratos de natureza civil ou econômico-empresarial), a fim de que se conciliem as exigências do todo coletivo com os citados poderes conferidos aos indivíduos (princípio da solidariedade social).

É com base nestes princípios, ensina REALE⁷⁶, “que se ordena o Direito Civil contemporâneo, situando suas regras ora em vários códigos, ora num Código Fundamental, ao qual, por justificado amor à tradição, se dá o nome de Código Civil”.

Outrossim, não poderíamos deixar de citar aqueles princípios que na visão de REALE⁷⁷ como supervisor da comissão elaboradora e revisora do Anteprojeto do Código Civil, são considerados fundamentais ao atual Direito Civil Brasileiro, instituídos a partir do CC2002, são eles:

- a) A eticidade: a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem o abandono, das conquistas da técnica jurídica que com aqueles deve se compatibilizar;
- b) A socialidade: a superação do caráter individualista da Lei em favor do fortalecimento das instituições sociais e coletivas;

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 362.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Novo Código Civil Brasileiro**, p. 12-17.

- c) A operabilidade: o estabelecimento de soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito.

Vê-se, assim, que não obstante existirem princípios específicos caracterizadores do Direito Civil, estes por sua vez devem se submeter ou, melhor dizendo, devem ser observados à luz de outros princípios, mais gerais, que estabelecem as linhas mestras de todo o ordenamento jurídico de uma nação.

1.2.2 Princípios Relevantes do Direito Comercial

Tendo surgido na história como um direito especial de uma classe, a classe dos mercadores, atualmente o Direito Comercial, como já pudemos ressaltar anteriormente, perdeu sua característica de direito classista, para passar a reger, objetivamente, determinado campo da experiência jurídica privada.

Seu objetivo passou a ser a atividade negocial destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais. Neste diapasão destaca REALE⁷⁸ que: “não existe comércio sem propósito de lucro. Se quem pratica uma atividade mercantil, não o faz por simples amadorismo, ou por paixão pelo trabalho, temos que compreender que é para obter uma vantagem de natureza patrimonial”.

Desta forma, conclui o autor que o Direito Comercial, entendido como especificação do Direito Civil, repousa sobre estes elementos ou princípios basilares:

- a) A autonomia da vontade expressa, dinamicamente, numa atividade negocial, com propósito de lucro;
- b) A estrutura empresarial;
- c) A garantia e certeza da circulação e do crédito.

⁷⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 364.

Destarte, não olvidando as características gerais das normas de Direito Comercial, já indicadas nesta pesquisa, que também as diferenciam do Direito Civil, na visão de REALE⁷⁹, o Direito Comercial segue, principalmente, estes três princípios gerais que o tornam uma especificação do Direito Civil ou Comum, dentro de um campo maior, o do Direito Privado.

1.2.3 Princípios Relevantes do Direito Empresarial

A questão relacionada aos princípios que regem o chamado Direito Empresarial está ligada diretamente à forma de sua conceituação. Se concebermos o Direito Empresarial como sendo o Direito Comercial, posição defendida, como por exemplo, por Waldirio BULGARELLI⁸⁰, teremos que adotar para o Direito Empresarial os mesmos princípios que norteiam e justificam o Direito Comercial.

Seguindo, no entanto, a posição adotada por esta pesquisa onde o Direito Empresarial não pode ser concebido somente como o Direito Comercial, por se constituir em disciplina mais ampla do que este, consistindo no produto do diálogo de várias fontes legislativas convergentes que regulam todos os interesses decorrentes do desenvolvimento da atividade empresarial, é necessário afirmar que, dependendo do tipo de interesse a ser tutelado pela empresa, o Direito Empresarial, que possui grande interdisciplinaridade, envolverá um ou outro sistema ou microsistema jurídico que, por sua vez, já estão consagrados pelo Direito e que, portanto, serão regidos por princípios próprios que serão adotados *in casu* para solucionar estes conflitos.

Desta forma, podemos dizer, inicialmente, que os princípios relevantes que regem o Direito Empresarial serão aqueles adotados pelos próprios ramos do Direito que convergem entre si para tutelarem os interesses que regulam a atividade empresarial, como destacado alhures, provindo ora do Direito Civil, ora do Direito Comercial, como também do Direito Tributário, Direito Previdenciário, Direito do Trabalho, Direito Econômico, em face da intervenção do Estado na economia, entre outros.

⁷⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 364.

⁸⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 46 a 50.

Voltaremos a este assunto ao tratarmos especificamente sobre os princípios dentro do estudo do Direito Empresarial no terceiro capítulo desta pesquisa.

1.3 MÉTODOS

Método, na concepção de PASOLD⁸¹, é a forma lógico-comportamental-investigatória na qual se baseia o pesquisador para buscar os resultados que pretende alcançar.

Ressalte-se que, para os fins da presente pesquisa, é importante caracterizar a base lógico-comportamental-investigatória em que o pesquisador pretende relatar os dados aqui coletados, de forma que o leitor possa acompanhar o desenvolvimento do trabalho realizado e, por conseguinte, os seus resultados.

1.3.1 Indutivo

Por método indutivo, ensina PASOLD⁸², entende-se a pesquisa que identifica as partes de um fenômeno e coleciona-os de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.

Destarte, a pesquisa que adota o método indutivo, opera com a coleta de elementos que são reunidos e concatenados para caracterizar o tema pesquisado levando o pesquisador, no relatório de seus resultados, a uma visão geral do objeto.

Para PASOLD⁸³ este método é a opção mais segura para a pesquisa e relato conducentes a trabalhos acadêmicos como a monografia de conclusão de curso de graduação, monografias de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* (especialização), bem como para a pesquisa de conclusão de curso de pós-graduação *stricto sensu*, a dissertação de mestrado.

⁸¹ PASOLD, Cesar Luiz, *op cite*, p. 87.

⁸² *Idem*, p. 87.

⁸³ *Idem*, p. 92.

1.3.2 Dedutivo

A pesquisa que toma por base lógico-comportamental o chamado método dedutivo, segundo ensina PASOLD⁸⁴, é aquela que estabelece uma formulação geral e, em seguida, busca as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral estabelecida.

Na utilização do método dedutivo, o pesquisador terá uma prévia concepção formulativa sobre o objeto/tema a ser investigado e a partir dela passará a estudar as suas partes de forma a sustentá-la, o que, porém, poderá resultar no inverso, levando a invalidação da formulação inicial. PASOLD⁸⁵ aconselha, neste último caso, que o pesquisador tenha humildade científica de mudar o seu tema/referente ou mudar o próprio método, adotando o indutivo, no caso de dissertação de mestrado, e dedicar-se à nova pesquisa sob tal moldura.

Destarte, seguindo as orientações de PASOLD expostas de maneira sucinta acima, a presente pesquisa foi formulada sob a base lógico-comportamental-investigatória indutiva, tanto na fase de investigação quanto na fase de relatório dos resultados, com a qual o pesquisador buscará apresentar a questão do diálogo das fontes do Direito Empresarial e do Direito Comercial.

O presente capítulo tratou de forma sucinta algumas questões consideradas essenciais para o estudo e a abordagem do tema proposto pela presente pesquisa. Inicialmente, com a identificação de conceitos, princípios e características próprias, restou demonstrada a autonomia e especificação do Direito Comercial frente ao Direito Civil. Outrossim, foram trabalhados os conceitos de empresa e empresário; a identificação prévia das teorias que regiam o Direito Comercial, a Teoria dos Atos do Comércio e a Teoria da Empresa; os conceitos e a diferenciação entre normas e princípios; a identificação de algumas fontes do Direito; e por fim, a caracterização da base lógico-comportamental adotada pelo pesquisador para a elaboração da pesquisa, bem como para o relatório de seus resultados.

⁸⁴ PASOLD, Cesar Luiz, *op cite*, p. 87.

⁸⁵ *Idem*, p. 95.

Ultrapassadas estas questões preliminares, mister se faz ainda, antes de tratarmos dos limites e das possibilidades do diálogo das fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, identificar claramente cada um destes ramos do Direito, sua evolução histórica, princípios e características mais relevantes que lhes são próprias, bem como estudarmos sua posição na legislação brasileira.

Destarte, dá-se seguimento à presente pesquisa em seu próximo capítulo, no estudo do Direito Comercial como ramo clássico e histórico do Direito e, com o estudo deste ramo, demonstrar também a origem e evolução daquilo que hoje se pode compreender como o Direito Empresarial, tema de estudo do terceiro capítulo. Por fim, no quarto e último capítulo, parte-se para a análise dos limites e as possibilidades do diálogo entre as fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial a fim chegarmos a uma conclusão geral sobre o tema.

CAPÍTULO 2

DIREITO COMERCIAL

Para avaliar os limites e as possibilidades do diálogo entre o Direito Comercial e do Direito Empresarial, é necessário estudar antes a história, natureza jurídica, posição na legislação brasileira, princípios e características desses ramos do Direito, com o fim de delimitar claramente a área de abrangência e de aplicação de suas normas.

O presente capítulo volta-se ao estudo do Direito Comercial, tendo em vista que o estudo e a origem deste ramo do Direito são anteriores ao que hoje se denomina como Direito Empresarial. Estes mesmos elementos voltarão a ser estudados no terceiro capítulo desta pesquisa, no que concerne ao Direito Empresarial que tem suas raízes plantadas junto ao Direito Comercial.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Desde os primórdios, ainda que rudimentarmente, o comércio é exercido pelos seres humanos, que, ao praticarem atividades como a pesca, agricultura e o artesanato, trocavam, entre si, os produtos excedentes. Neste período, surgem algumas regras rudimentares no Direito imperante, que se destinavam a regular estas atividades, como ensina REQUIÃO⁸⁶:

“É compreensível que nas civilizações antigas, entre as regras rudimentares do direito imperante, surgissem algumas para regular certas atividades econômicas. Os historiadores encontram normas dessa natureza no Código de Manu (...); no Código do Rei Hammurabi, tido como a primeira codificação de leis comerciais”.

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens, *op. cite*, p. 8-9.

Este período histórico inicial foi chamado por ROCCO⁸⁷ de época pré-romana e, conforme este autor, não marca tão diretamente o desenvolvimento do Direito Comercial que somente veio a se firmar como um Direito autônomo na Idade Média, ensinando:

“Deixamos de parte tudo quanto diz respeito à época pré-romana, não porque a disciplina jurídica do comércio entre certos povos antigos, como os fenícios, os assírios, os babilônicos e os gregos, não ofereça interesse e também abundância de notícias, mas, porque tais normas não se encontram em tão direta conexão com o desenvolvimento ulterior do Direito Comercial, que tornem seu estudo necessário, ou mesmo simplesmente útil, para o conhecimento dos precedentes históricos do Direito Comercial vigente”.

Outrossim, não se nota muita diferença quanto às regras que regiam o antigo Império Romano, mormente porque Roma possuía sua organização social estruturada precipuamente sobre a propriedade e atividades rurais, desta forma costumava relegar as atividades mercantis a segundo plano, considerando-as degradantes.

Nesse diapasão, destacam-se as palavras de ROCCO⁸⁸:

“Na realidade, Roma não teve um verdadeiro Direito Comercial, isto é, um Direito especial do comércio. A jurisprudência romana, que teve tão esplêndida floração, e que soube dar vida a um tão perfeito sistema jurídico, fundamento e base, ainda hoje, de tão grande parte do direito vigente, criou, apenas, algumas e dispersas normas exclusivamente destinadas a regular relações comerciais”.

O mesmo autor menciona ainda que o Direito Romano, por tão complexo e amplo, era aplicado internacionalmente e apresentava institutos do Direito Civil tão largamente concebidos que, talvez, em face disso, seriam mais que suficientes para regular as relações de comércio praticadas pelos romanos.

⁸⁷ ROCCO, Alfredo, *op cite*, p. 8.

⁸⁸ *Idem*, p. 8-9.

Apesar disto, ensina ROCCO⁸⁹, não se pode eliminar a importância do Direito Romano para o Direito Comercial, asseverando: “(...) não significa que o Direito Romano não tenha importância para a história do Direito Comercial. Ao contrário, esta importância é enorme, e deriva, já do fato de o Direito Romano ser o fundamento de todo nosso Direito Privado”.

Diferente, também, não é a posição de NEGRÃO⁹⁰:

“O Direito Comercial desenvolveu-se à margem do Direito Civil, de raízes romanas, na prática e no exercício do comércio ao longo dos séculos, (...) mas os estudiosos do Direito Comercial não conseguiram, até o momento, encontrar um ponto comum na identificação do seu período inicial no decorrer da história do homem”.

Mas o exercício da mercancia somente adquire maior autonomia com a invasão do Império Romano pelos bárbaros e com o fracionamento de seu território imperial, dando-se início à fase feudal. É com os feudos que a classe dos comerciantes conseguiram, com o passar dos tempos, se fortalecer economicamente, porém, ainda sujeita à herança jurídica romana, agora agravada pelos preceitos canônicos.

Observa-se que apesar do Direito Civil romano, antes admitido internacionalmente, ter cedido frente ao Direito Territorial nos feudos, o Direito Romano juntamente com o Direito Canônico, imposto pela Igreja Católica, continuava ainda a exercer influência e era o responsável por traçar as linhas caracterizadoras do Direito Comercial daquela época. Isso porque, é no Direito Romano que se vislumbram as origens de institutos como a falência, as normas básicas sobre os contratos mercantis, a ação pauliana, a responsabilidade civil dos banqueiros, bem como, o comércio do transporte marítimo.

REQUIÃO⁹¹ ensina que é neste ambiente jurídico tão avesso às regras do jogo mercantil que os comerciantes foram levados a um forte

⁸⁹ ROCCO, Alfredo, *op cite*, p. 12.

⁹⁰ NEGRÃO, Ricardo, *op cite*, p. 1-2.

⁹¹ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 9-10.

movimento de união, através das chamadas organizações de classe ou corporações de comerciantes:

“Na Idade Média, essas corporações se vão criando no mesmo passo em que se delineiam os contornos da cidade medieval. Como principal e organizada classe, enriquecida de recursos, as corporações de mercadores obtêm grande sucesso e poderes políticos, a ponto de conquistarem a autonomia para alguns centros comerciais, de que se citam como exemplos às poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova e outras”.

FERREIRA⁹² ao lecionar sobre o surgimento das corporações assevera:

“A queda do Império Romano e o desmoronamento do carlovíngio causaram perturbações sociais e política de imensa latitude e profundidade. Se, contra a insegurança decorrente das invasões, no amparo dos senhores se deparou às classes humildes adequado remédio contra os abusos da incúria e da exploração feudal, se lhes tornou necessário unir-se e associar-se para defesa dos interesses comuns. Surgiram as associações de classe”.

Negociantes, banqueiros, industriais, quantos se sentiram atraídos por interesses comuns, destaca FERREIRA⁹³, se organizaram em corporações, sujeitas às rigorosas disciplinas, em que residia o segredo de sua força. Tornaram-se poderosas. Investiram-se do direito de regular por si mesmas seu interesse próprio e o de seus componentes. Passaram, assim a exercitar poderes que eram, normalmente, do Estado. Presidiam, por via de seus oficiais, às feiras e mercados, organizando-os e neles mantendo a ordem. Protegiam seus membros no estrangeiro. Prestavam assistência religiosa e caritativa. Eram, a bem dizer, nas palavras de FERREIRA⁹⁴, “organismos estatais, tanto se imiscuíram no privado, como no público”.

⁹² FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**, p. 39.

⁹³ Idem, p. 39-40.

⁹⁴ Idem, p. 40.

Foi neste momento histórico, destaca REQUIÃO⁹⁵, que começa a se cristalizar o Direito Comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pelas corporações.

REQUIÃO⁹⁶ explica ainda o sucesso dos juízes consulares:

“Tal foi o sucesso dos juízes consulares, que julgavam pelos usos e costumes sob a inspiração da equidade, e o poder político e social da corporação de mercadores, que de tribunais fechados, classistas, com competência exclusiva para julgar e dirimir as disputas entre os comerciantes, foram atraindo para seu âmbito as demandas existentes, muito naturais, de comerciantes para não-comerciantes”.

Destarte esta primeira fase do Direito Comercial foi marcada por um Direito aplicado somente aos comerciantes, possuindo um caráter eminentemente subjetivo, por vincular-se diretamente à pessoa do comerciante e na atividade por ele desenvolvida.

Nas palavras de REQUIÃO⁹⁷: “temos, nessa fase, o período estritamente subjetivista do Direito Comercial a serviço do comerciante, isto é, direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao Direito Territorial e Civil, e consuetudinário”.

Mas foi também a característica principal desta fase que demonstrou a sua insuficiência para regular todos os interesses inerentes ao comércio, pois assim como o comércio não tem fronteiras, nem toda a vida e a atividade dos comerciantes eram absorvidas por sua profissão. Impunha-se, assim, a necessidade de se delimitar o conceito da matéria de comércio, e, portanto, necessidade de expandir o seu conceito para uma segunda fase, chamada objetivista, caracterizada sobre o ato de comércio⁹⁸.

⁹⁵ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 10.

⁹⁶ *Idem*, p. 11.

⁹⁷ *Idem*, p. 11.

⁹⁸ *Idem*, p. 11.

Durante o primeiro período histórico a Itália foi o centro das relações comerciais e, portanto, a que mais influenciou sobre a fase chamada subjetivista do Direito Comercial. A partir do século XVII, porém, o comércio praticado pela França é que passou a ter maior relevância. Em tal nação, afirma ROCCO⁹⁹, no reino de Luis XIV, foram providenciadas as primeiras tentativas de unificação e codificação das leis mercantis, assim lecionando:

“Na França, no reino de Luís XIV, fazem-se as primeiras tentativas de unificação e de codificação das leis mercantis, e são promulgadas as duas célebres ordenanças, a do Comércio de 1673 e da Marinha de 1681, devidas ambas a Colbert. Com estas ordenanças, que reuniram e sistematizaram as normas dispersas nos vários estatutos das cidades comerciais de Itália e os resultados da doutrina italiana, passou para a França para a qual já tinha passado a hegemonia das indústrias e do comércio, também a primazia na jurisprudência comercial”.

Apesar das ordenanças citadas serem as responsáveis por reunirem e sistematizarem as normas dispersas nos vários estatutos das cidades comerciais italianas, não trouxeram profundas inovações no que se refere ao seu conteúdo, não modificando, conseqüentemente, o Direito Comercial. ROCCO¹⁰⁰ destaca que foi somente com Napoleão Bonaparte no poder que foi aprovado o projeto responsável por modificar referida ordenanças, transformando radicalmente o caráter do Direito Comercial, asseverando o seguinte:

“A transformação radical do caráter do Direito Comercial no sentido da objetivação foi operada pelo código de comércio francês de 1807, cuja promulgação marca verdadeiramente uma época na história do Direito Comercial. (...) Este projeto, modificado em harmonia com as observações da magistratura e das câmaras de comércio, foi apresentado ao Conselho de Estado, onde foi largamente discutido, e veio a ser finalmente aprovado pelo Parlamento em cinco deliberações sucessivas, de 10 a 15 de setembro de 1807. Foi posto em vigor em 1º de janeiro

⁹⁹ ROCCO, Alfredo, *op cite*, p. 30.

¹⁰⁰ Idem, p. 31-32.

de 1808. Esta data marca um momento decisivo na história do Direito Comercial”.

A importância do Código Mercantil Napoleônico reside no fato de que foi a referida legislação a responsável por definir o comerciante e por trazer os atos de comércio. Neste sentido, recebe o Direito Comercial a conceituação objetiva e não mais subjetiva, razão pela qual, dá-se início a uma nova fase, a fase objetivista do Direito Comercial.

São esclarecedoras as palavras de REQUIÃO¹⁰¹ sobre este período, que se manifesta da seguinte maneira:

“O Código Napoleônico de 1807 adotou declaradamente o conceito objetivo, estruturando-o sobre a Teoria dos Atos de Comércio. Agindo assim, os legisladores do império punham-se a serviço dos ideais da Revolução Francesa, de igualdade de todos perante a lei, excluindo o privilégio de classe. (...) Um código destinado a garantir, numa sociedade fundada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei, prerrogativas e privilégios dos mercadores. (...) O Código do Comércio, passava a ser, em 1807, um estatuto disciplinador dos atos de comércio, a que estavam sujeitos todos os cidadãos”.

Deste modo, o Código Napoleônico de 1807 foi o responsável por propiciar uma nova fase para o Direito Comercial, tratando de especificar que os atos do comércio, exercidos com profissionalidade, teriam uma legislação especial, de natureza comercial, que abrangeria também qualquer comerciante, independentemente de estar ou não matriculado na corporação de comerciantes, o que descaracterizava o conceito subjetivo, mas conceituava o comerciante objetivamente.

Neste sentido, a explicação de BERTOLDI¹⁰² assevera que:

“(...) não mais importava a averiguação a respeito da qualidade da pessoa, se comerciante ou não, bastando que os atos por ela

¹⁰¹ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 12.

¹⁰² BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de Direito Comercial**. V 1, p. 27.

praticados fossem considerados como *atos de comércio*. Surge, então, o que se chamou de *teoria dos atos de comércio*, forma encontrada para tentar delimitar a matéria concernente ao Direito Comercial, diferenciando-o dos outros ramos do Direito, em especial do Direito Civil”.

Ocorre que esta segunda fase é marcada, pela dificuldade de se encontrar um ponto comum e objetivo para enumerar as atividades que se poderiam compreender como atos do comércio. É de COELHO¹⁰³ que se retira a seguinte conclusão:

“A Teoria dos Atos de Comercio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”.

Observa-se, dessa maneira, que a fase objetiva do Direito Comercial teve como marco a aprovação do Código Napoleônico e a denominação objetiva, porque buscou conceituar o comerciante e trouxe à tona os atos do comércio. Estes, contudo, não foram delimitados, de modo que, qualquer cidadão estava sujeito ao referido código, e é neste ponto que reside à falha do sistema francês, vez que, como destaca REQUIÃO¹⁰⁴, submetiam-se “à mesma regra manifestações de atividade econômica completamente diversas”.

No Brasil, durante o período colonial, não há o que se falar em Direito Comercial, já que a metrópole portuguesa instituía as normas, e foi somente através da forte influência do Código Napoleônico que surgiu o primeiro Código Comercial, promulgado em 1850. Este inicialmente não adotou a Teoria dos Atos de Comércio na sua forma e abrangência e aplicação; foi somente o Regulamento n° 737, também em 1850, que adotou a Teoria Objetiva dos Atos do Comércio.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 15.

¹⁰⁴ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 13.

MENDONÇA¹⁰⁵ ensina que a enumeração atos de comércio (atos, operações, fatos sujeitos à disciplina do Direito Comercial), ficou ao encargo que se encontra nos artigos 19 e 20 do Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850, assim dispondo:

“Art. 19. Considera-se mercancia:

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

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

§ 3.º As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos;

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo;

§ 5.º A armação e expedição de navios.

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

§ 1.º As questões entre particulares sobre títulos da divida publica e outros quaesquer papeis de credito do governo (art. 19. § 1.º Tit. unico Código);

§ 2.º As questões de Companhias e Sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objecto (art. 19. § 2.º Tit. unico Código);

§ 3.º As questões que derivarem de contractos de locação compreendidos na disposição do Tit. X Parte 1 do Código, com excepção somente das que forem relativas á locação de predios rusticos e urbanos (art. 19. § 3.º Tit. unico Código);

¹⁰⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, p. 23.

§ 4.º As questões relativas a letras de cambio, e de terra, seguros, risco, e fretamentos”¹⁰⁶.

Ocorre que os anos que sucederam ao Código Napoleônico, em virtude de fatores históricos como a Revolução Industrial, provocaram o aumento do fluxo de capital e o desenvolvimento de atividades não meramente comerciais ou agrícolas, que acarretaram a necessidade de normas capazes de regulamentar as novas atividades. Desse modo, o sistema francês tornou-se ultrapassado e insuficiente, necessitando novamente evoluir para uma nova fase, norteadas pela chamada Teoria da Empresa.

Nesta nova fase, as atenções voltam-se novamente para a Itália, que em 1942, com a promulgação de seu Código Civil, inovou unificando as matérias de Direito Civil e Comercial, abandonando o conceito tradicional de comerciante, mas definindo o empresário como a pessoa que pratica atividade econômica organizada, exercendo profissionalmente, com o intuito de troca de bens e de serviços, sendo o primeiro Código de leis a adotar a Teoria da Empresa. Eis o texto da referida Lei:

“LIBRO QUINTO - DEL LAVORO - TITOLO II - DEL LAVORO NELL'IMPRESA - CAPO I - Dell'impresa in generale. SEZIONE I - Dell'imprenditore

Art. 2082 Imprenditore

E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195)”¹⁰⁷.

Ainda sobre o *Codice Civili* Italiano, extrai-se da obra de COELHO¹⁰⁸:

“Em 1942, o *Codice Civili* passa a disciplinar, na Itália, tanto a matéria civil como a comercial, e a sua entrada em vigor inaugura

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, p. 274.

¹⁰⁷ ITÁLIA. *Codice Civili Italiano*, 16 marzo 1942.

¹⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, 17.

a última etapa evolutiva do Direito Comercial nos países de tradição romanística. (...) O modelo italiano de regular o exercício da atividade econômica sob o prisma privatístico, encontra a sua síntese na *Teoria da Empresa*".

Destarte, a nova fase desvincula-se do sistema francês enquanto o conceito de empresa estava ligado ao dos atos de comércio, passando adotar, como assevera REQUIÃO¹⁰⁹, o conceito de empresa como a organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa.

No Brasil, leciona COELHO¹¹⁰, a influência do Código Civil Italiano de 1942 se fez sentir, principalmente, a partir da década de 70, quando da formulação do projeto que propunha a reforma do Código Civil brasileiro. Referida influência tornou-se evidente em pelo menos três legislações, quais sejam o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações e a Lei do Registro do Comércio. Mas foi, sem dúvida, o Código Civil de 2002 o maior reflexo da influência do sistema italiano, consolidando no direito pátrio a chamada Teoria da Empresa.

2.2 CONCEITO

O conceito de Direito Comercial hodierno deve levar em consideração os períodos históricos evolutivos tratados de forma sucinta no item anterior e também não poderá negligenciar a dinamicidade deste ramo do Direito que se altera a medida com que as formas de exploração das atividades econômicas também são modificadas, para poder atender os interesses e as necessidades do complexo mundo moderno a serem tuteladas.

Levando em consideração todos estes aspectos, os autores comercialistas tem se esforçado para apresentar um conceito de Direito Comercial que mais se adeque a atual fase deste ramo do Direito. Neste item,

¹⁰⁹ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 14.

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 26.

vamos apresentar algumas destas definições e, por fim, justificar aquela adotada na presente pesquisa, para a atual fase do Direito Comercial.

COELHO¹¹¹, após analisar as várias fases históricas do Direito Comercial o define como:

“Direito comercial é a designação tradicional do ramo jurídico que tem por objeto os meios socialmente estruturados da superação dos conflitos de interesse entre os exercentes de atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços de que necessitamos todos para viver”.

Este mesmo autor destaca que a este conceito se submetem não apenas as atividades enquadradas especificamente como comerciais (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as atividades industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços e outras, estão sujeitas aos parâmetros (doutrinários, jurisprudenciais e legais) de superação de conflitos estudados pelo Direito Comercial.

REALE¹¹², após analisar a matéria e os princípios que regem as disciplinas de Direito Comercial e Civil, define o Direito Comercial como:

“Direito Comercial é, pois, um dos ramos do Direito Privado, sendo um desdobramento ou especificação do Direito Civil. Perdeu, todavia, a sua característica de Direito classista, para passar a reger, objetivamente, determinado campo da experiência jurídica privada. Desse modo, o seu objeto passou a ser a atividade negocial enquanto destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais”.

REALE ainda conclui que hoje em dia, por conseguinte, prevalece a tese de que não é o ato de comércio como tal que constitui o objeto do Direito Comercial, mas algo mais amplo: a atividade econômica habitualmente

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27.

¹¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, p. 363-364.

destinada à circulação das riquezas, mediante bens ou serviços, o ato de comércio inclusive, implicando uma estrutura de natureza empresarial.

Outrossim, temos a posição defendida por BULGARELLI¹¹³ para quem o moderno Direito Comercial se constitui no chamado Direito Empresarial, não obstante as objeções que se levantam contra esta identificação, as quais este autor busca resumir na seguinte sentença:

“Dessume-se das posições dos que não aceitam que o Direito Comercial seja o novo Direito das Empresas, ou pelo menos da enorme variedade de argumentos contrários, duas objeções, que com certa liberdade, podem ser assim resumidas: 1. o Direito Comercial não pode ser o Direito das Empresas, pois que convergem sobre estas distintos interesses, que são regulados por vários ramos do Direito; 2. o Direito Comercial não pode ser o Direito das Empresas, pois não regula todos os tipos (ou espécies) de empresas, como as de fins não lucrativos (cooperativas, empresas públicas, mútuas etc.) e as agrícolas”.

ROCCO, por sua vez, define o Direito Comercial como todo o complexo de normas jurídicas que regulam matéria comercial. Essa definição recebeu críticas de REQUIÃO¹¹⁴ para quem: “tal definição, como se vê, na verdade nada define, pois seria necessário, antes, conceituar o que fosse matéria comercial”.

MENDONÇA¹¹⁵ em sua obra, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, ao posicionar o Direito Comercial, como um dos ramos, uma das especialidades, do Direito Privado, assim o define: “o Direito Comercial vem a ser, destarte, a disciplina jurídica reguladora dos atos de comércio e, ao mesmo tempo, dos direitos e obrigações das pessoas que os exercem profissionalmente e dos seus auxiliares”.

Observa-se, desta forma, haver divergências entre os autores quanto à definição do Direito Comercial, portanto, para fins da presente

¹¹³ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 48.

¹¹⁴ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 25.

¹¹⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *op cite*, p. 24.

pesquisa, buscou-se adotar uma definição que levasse em consideração as várias alterações decorrentes da evolução histórica deste ramo do Direito, mas que também não negligenciasse a sua fase atual que ainda se encontra em construção.

Assim sendo, compungindo-se os autores clássicos e modernos, pareceu-nos que o conceito formulado por NEGRÃO¹¹⁶ é o que mais se aproxima tanto do aspecto clássico como moderno do Direito Comercial, assim definindo: “Direito Comercial é o ramo do Direito Privado que regula a atividade do antigo comerciante e do moderno empresário, bem como suas relações jurídicas, firmadas durante o exercício profissional das atividades mercantis e empresariais”.

Do conceito adotado destacam-se as seguintes categorias: comerciante e empresário, relações jurídicas, exercício profissional da atividade, e, atividade mercantil e empresarial.

Percebe-se, portanto, que o conceito adotado objetiva não deixar de amparar tanto as relações jurídicas reguladas pelo Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, quanto por aquelas introduzidas com a efetiva adoção da Teoria da Empresa no Código Civil de 2002.

Outrossim, nota-se que os conceitos operacionais de atividade empresarial, bem como de empresário, anteriormente trabalhados, envolvem ou englobam não só a atividade puramente mercantil, exercida pelo antigo comerciante, mas também outros tipos de atividades econômicas exercidas pelo atual empresário. Por estas razões, parece-nos que a definição concebida por NEGRÃO¹¹⁷, destaca-se pela adoção de uma postura prudente, pelo menos, para os primeiros anos após a adoção efetiva, no Direito pátrio, da chamada Teoria da Empresa.

¹¹⁶ NEGRÃO, Ricardo, *op cite*, p. 10.

¹¹⁷ *Idem*, p. 10.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica de uma norma, segundo MELO¹¹⁸, é aquela que lhe dá sua classificação taxionômica¹¹⁹, ou seja, a ordena e sistematiza dentro de um determinado grupo, ou de um campo científico.

REQUIÃO¹²⁰ ao analisar o conteúdo da matéria comercial, leciona que o natural é que esse conceito decorresse do conceito econômico e social do comércio, ponto básico de partida da noção tradicional do comerciante, como um profissional que se dedica às atividades do comércio. Por sua vez, considera que não existe correspondência exata entre tal conceito econômico e jurídico, portanto, conclui que:

“Se não conseguimos, transplantar para o Direito Comercial o conceito econômico do comércio, (...) que é a noção científica ditada pela ciência econômica, impossível se torna formularmos um conceito exato e autêntico de matéria de comércio.

Assim, a matéria de comércio terá o seu sentido sempre determinado pela extensão do campo que a lei comercial lhe determinar. O conceito, portanto, não será científico, mas empírico”.

Na visão da Teoria dos Atos do Comércio a matéria do Direito Comercial era entendida como aquela regulada pelas leis comerciais. Deste ponto de vista, destaca-se a lição de MENDONÇA¹²¹ para quem compreende-se sob a denominação de matéria do comércio à zona do domínio do Direito Comercial, em outras palavras, a atividade humana disciplinada pela leis comerciais, asseverando:

“(...) O núcleo fundamental desta matéria é o ato de comércio, não obstante abranger quando se refere às pessoas cuja atividade

¹¹⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de, *op cite*, p. 67.

¹¹⁹ Taxionomia é o estudo dos princípios gerais de classificação científica. Distinção, ordenação e nomenclatura sistemáticas de grupos típicos, dentro de um campo, científico, conforme MICHAELIS, *op cite*, p. 2028.

¹²⁰ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 25.

¹²¹ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *op cite*, p. 26.

específica às leis comerciais regulam, as coisas ou os bens móveis, objeto daquele ato, as obrigações e certos institutos especiais (como a falência) sob a disciplina destas leis”.

Com a adoção, também, da Teoria da Empresa pela legislação nacional, parece que a melhor definição para a natureza jurídica das normas de Direito Comercial, é aquela adotada por REALE¹²² ao mencionar que o objeto do Direito Comercial atual passou a ser a atividade negocial, por ser destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais.

Neste mesmo diapasão leciona BULGARELLI¹²³:

“Destarte o Direito Comercial perdeu em seiva e substância só aparentemente, pois, bem examinada a situação, o balanço lhe é favorável. O que em aparência teria perdido, ou seja, os institutos que passaram ao uso comum, levaram consigo, contudo, os princípios do Direito Comercial, acompanhando-os como indispensáveis instrumentos para sua compreensão, interpretação e aplicação. Ganhou em amplitude e aperfeiçoamento com sua inclinação para a empresa, o que lhe confere uma nova dimensão, se comparada com a disciplina estreita e superada do comerciante”.

Desta forma as normas que tiverem por base a atividade negocial, ou empresarial, quando destinada a fins de natureza econômica, sendo essa atividade habitual e dirigida à produção de resultados patrimoniais, podem ser classificadas como portadoras da natureza das normas de Direito Comercial. Por sua vez, são hodiernamente mais abrangentes do que aquelas adotadas sob a égide da Teoria dos Atos do Comércio, visto que a atividade empresarial envolve, como ensina COELHO¹²⁴, não somente aquelas atividades especificamente comerciais (intermediação de mercadorias, no atacado ou

¹²² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, p. 364.

¹²³ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 47.

¹²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27.

varejo), mas também as atividades industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços e outras.

2.4 DIREITO COMERCIAL E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Apesar de possuir natureza jurídica própria, princípios próprios, características próprias que por si só justificam a permanência do Direito Comercial como um ramo autônomo do Direito, mantém o Direito Comercial íntimas relações com vários outros ramos do Direito, pois, como já visto, faz parte de um mesmo sistema jurídico que se interliga e complementa entre si.

MENDONÇA¹²⁵, ao mencionar as relações do Direito Comercial com outros ramos do Direito, ensina que, inicialmente, o Direito Comercial está ligado ao Direito Civil, que ora é seu pressuposto, ora uma das suas fontes subsidiárias. Indica, outrossim, o mesmo autor, sua relação com o Direito Público e Constitucional (liberdade do comércio e da indústria, liberdade de associação, regulamento da política comercial etc); com o Direito Administrativo (intervenção do Estado no exercício profissional do comércio, registro público do comércio, proteção aos comerciantes e seus auxiliares, bancos, bolsas, armazéns gerais, segurança e economia pública, polícia aduaneira e sanitária etc); com o Direito Penal (medidas de caráter penal, mediante as quais o Estado garante a defesa do crédito, a lealdade e a boa-fé comercial etc); com o Direito Financeiro (regulamento da taxaçoão com que a indústria comercial concorre para as despesas públicas etc). Por fim assevera:

“Prende-se, ainda, o Direito Comercial ao Direito Internacional Público (tratados entre os Estados sobre marcas de fábrica, patentes de invenção, falência, e sobre o comércio, navegação, transportes ferroviários, serviços telegráficos, radiotelegráficos, aéreos e postais, regras a que o comércio terrestre e o marítimo

¹²⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *op cite*, p. 44-45.

se sujeitam em tempos de guerra etc), ao Direito Internacional Privado e ao Direito Processual”.

Ainda quanto às relações do Direito Comercial com outros ramos do Direito, destaca-se a lição de MARTINS¹²⁶ para quem além da proximidade com o Direito Civil, ligada principalmente na parte dos contratos e das obrigações, o Direito Comercial também se aproxima com:

- a) Com o Direito Público, especialmente na parte referente às sociedades anônimas e aos transportes marítimos e aeronáuticos, em que as regras de Direito Público a cada momento se entrecruzam com as do Direito Comercial;
- b) Com o Direito do Trabalho, especialmente no que tange ao auxiliares do empresário;
- c) Do Direito Fiscal, no que diz respeito à contabilidade mercantil e à circulação das mercadorias;
- d) Ao Direito Penal e com o direito processual, especialmente no que se refere à falência e aos crimes decorrentes da legislação falimentar.

O referido autor conclui que no Direito Comercial, como elemento componente da grande árvore do Direito, é natural a existência dessas aproximações para que haja harmonia nas regras jurídicas. Aliás, o fenômeno não se verifica apenas no Direito Comercial, mas nos vários ramos do Direito, em maior ou menor escala.

2.5 O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO

O Código Comercial brasileiro destaca-se na história do país não só pela regulamentação das atividades mercantis, mas também como figura

¹²⁶ MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*, p. 29.

importante política, na passagem dos períodos colonial, imperial e republicano da história da nação. Observe-se que o período colonial abrangeu a história brasileira desde seu descobrimento em 1500 até a proclamação da independência em 1822, ou seja, mais de trezentos anos de história.

Fato marcante, no entanto, para o Brasil, foi à vinda da família real para a ainda então colônia em 1808, fugindo da guerra imposta por Napoleão Bonaparte em toda a Europa no início daquele século. Com a instalação da família real no Brasil, houve uma série de adaptações na colônia para que pudesse corresponder com as necessidades da nobreza, junto a elas, preponderante para o comércio e para o Direito Comercial brasileiro foi à abertura dos portos para o comércio mundial, em 1808.

A partir daí, decorreram somente cerca de 14 anos para que o Brasil proclamasse a sua independência.

Após a proclamação da independência, instalado o período Imperial, outra não foi à preocupação senão introduzir um Código de regras que pudessem regular o comércio brasileiro, surgindo então a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, extremamente influenciada pelo Código Comercial Francês (Napoleônico), permanecendo as demais relações jurídicas, como as civis, ainda reguladas pelas regras adotadas em Portugal. Destaca-se que o país veio a ter um Código que versava sobre as relações eminentemente civis somente em 1916 e um Código de Processo Civil somente em 1930, todos já no Período Republicano.

Quanto à sanção e promulgação do Código Comercial do Império do Brasil, assim se manifestou FERREIRA¹²⁷:

“Aos 2 de maio subiu o projeto à sanção, levado à presença imperial, de conformidade com os dispositivos constitucionais, por deputação de sete membros da Câmara eletiva, portadora da mensagem de estilo:

¹²⁷ FERREIRA, Waldemar, *op cite*, p. 117.

A Assembléia Geral dirige ao Imperador o decreto incluso, que julga vantajoso e útil ao Império, e pede a Sua Majestade Imperial se digne dar a sua sanção.

Consentiu o Imperador, dando-lhe sua sanção. Promulgou-se, pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, o Código Comercial do Império do Brasil, referendado por Eusébio de Queiroz Coutinho Matoso da Câmara, ministro da Justiça. Publicado em 1º de julho, entrou em vigor a 1º de janeiro de 1851”.

Originalmente o Código Comercial do Império compunha-se de três partes: a primeira, Do Comércio em Geral; a segunda, Do Comércio Marítimo¹²⁸; e, a terceira, Das Quebras. Completava-o um título único denominado: Da Administração da Justiça e nos Negócios e Causas Comerciais, que era subdividido em dois capítulos: o Dos Tribunais e Juízo Comerciais e o Da Ordem do Juízo nas Causas Comerciais.

O Código Comercial Imperial do Brasil foi seguido dos Decretos nº 737 e 738, ambos de 25 de novembro de 1850, que estabeleceram as regras do processo comercial. Ainda como destaca FERREIRA¹²⁹, “bem mereciam eles a consagração que o tempo de sua vigência externou, principalmente o Decreto nº 737 que foi o Código de Processo brasileiro até 1930”.

Atualmente, ensina REQUIÃO¹³⁰, pouco resta do velho Código, mas lhe devemos respeito pela precisão de suas regras que ainda perduram e pela técnica de sua elaboração, concluindo: “oxalá em nossos dias as leis brasileiras fossem elaboradas com tanta clareza, lógica e concisão de linguagem”.

¹²⁸ Sobre o tema, veja-se: CASTRO JR, Osvaldo Agripino. Introdução ao Direito Marítimo. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (org.) **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional**. Vol. I. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, p. 101-138.

¹²⁹ FERREIRA, Valdemar, *op cite*, p. 119.

¹³⁰ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 28.

2.5.1 Legislação Especial

O Direito Comercial brasileiro é constituído de centenas de leis esparsas que modificaram ou acrescentaram o Código Comercial, dentre elas podemos citar:

- a) Lei de Falências: o Código Comercial destinou a sua parte terceira para as quebras, no entanto, dito capítulo foi substituído ainda no Império por leis especiais, sendo posteriormente consubstanciado pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1.945, e, atualmente, é disciplinado pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005;
- b) Sociedade Limitada: a parte destinada a sociedades no Código Comercial foi ampliada pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1.919, que introduziu, no Direito nacional, as sociedades, na época, denominadas por cotas de responsabilidade limitada, hoje a matéria é disciplinada pelo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nos artigos 1.052 a 1.087;
- c) Sociedade Anônima: regulada inicialmente pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, foi posteriormente substituído pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976, ainda em vigor com uma série de alterações posteriores;
- d) Letras de câmbio, notas promissórias e crédito mercantil: disciplinados inicialmente pelo Título XVI do Código Comercial, foi substituído pelo Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1.908, alterado posteriormente pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, que introduziu a Lei Uniforme de Genebra, e pela Lei nº 5.474, de 18 de julho

de 1.968, que formulou as duplicatas de faturas, criação original do legislador brasileiro;

- e) Propriedade Industrial: Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1.996, integra-se modernamente no Direito Comercial, regendo vários elementos da empresa e do fundo de comércio.

Além dos diplomas legais acima destacados, há que se fazer menção da Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos; da Lei nº 7.357, de 2 de setembro de 1985, que dispõe sobre o cheque e dá outras providências; Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações e estabelece regras especiais para a renovação do contrato de locação comercial; Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e atividade afins e da outras providências; a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, que institui o Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição da República Federativa do Brasil, dentre outras.

2.5.2 Revogação da Parte Primeira pelo CC2002

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, em seu artigo 2.045, revogou expressamente a primeira parte do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1.850, que abrangia os artigos 1º a 456, dedicados a regular: o comerciante e seus auxiliares (artigos 1º a 120); os contratos e obrigações mercantis (artigos 121 a 286); as sociedades comerciais (artigos 287 a 353); as letras, notas promissórias e créditos mercantis (artigos 354 a 427), que já haviam sido revogados pelo Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908; dos modos por que se dissolvem e extinguem as obrigações comerciais (artigos 428 a 440); e, por último, da prescrição (artigos 441 a 456).

A nova lei concretiza, assim, a transição do Direito pátrio, na área do Direito Comercial, da Teoria dos Atos do Comércio para a Teoria da

Empresa, já adotada anteriormente pela orientação jurisprudencial, também por leis esparsas, como comenta COELHO¹³¹:

“O Direito Comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à Teoria da Empresa. Nos anos 1970, a doutrina comercialista estuda com atenção o sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica. Já nos anos 1980, diversos julgados mostram-se guiados pela Teoria da Empresa para alcançar soluções mais justas aos conflitos de interesse entre os empresários. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) são editadas sem nenhuma inspiração na Teoria dos Atos de Comércio. O Código Civil de 2002 conclui a transição, ao disciplinar, no Livro II da Parte Especial, o Direito de Empresa”.

O Livro II da Parte Especial, denominado o Direito de Empresa, artigos 966 a 1.195, abrange, como cita REALE¹³², autor do projeto do Código Civil, não só a área comercial, mas também a industrial que, por esta razão, segundo o autor, recebeu o nome de Direito da Empresa.

A matéria foi dividida em três títulos, com a seguinte ordem: Título I – Do Empresário (artigos 966 a 980); Título II – Da Sociedade (artigos 981 a 1.141); e, Título III – Do Estabelecimento (artigos 1.142 a 1.195). Cabe, no entanto, ressaltar que além destes artigos há diversas outras disposições no Código Civil que se constituem em matéria atinente ao Direito Comercial ou a empresa, como, a título exemplificativo, podemos citar: artigos 45¹³³, 48¹³⁴, 49¹³⁵,

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 26.

¹³² REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, p. 369.

¹³³ Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas do direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. In BRASIL. **Código Civil**, p. 256.

¹³⁴ Art. 48. Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tornaram pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. In BRASIL. **Código Civil**, p. 257.

¹³⁵ Art. 49. Se a administração da pessoa jurídica viver a faltar, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, nomear-lhe-á administrador provisório. In BRASIL. **Código Civil**, p. 257.

50¹³⁶, 51¹³⁷, 82¹³⁸, 89¹³⁹, 90¹⁴⁰, 91¹⁴¹, 927¹⁴², 931¹⁴³, 933¹⁴⁴, 2.031¹⁴⁵, 2.033¹⁴⁶, 2.035¹⁴⁷, 2.037¹⁴⁸ e 2.045¹⁴⁹.

¹³⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. In BRASIL. **Código Civil**, p. 257.

¹³⁷ Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1.º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2.º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3.º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica. In BRASIL. **Código Civil**, p. 257.

¹³⁸ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração de substância ou da destinação econômico-social.

¹³⁹ Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais. In BRASIL. **Código Civil**, p. 263.

¹⁴⁰ Art. 90. Constitui-se universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes a mesma pessoa, tenham destinação unitária. In BRASIL. **Código Civil**, p. 263.

¹⁴¹ Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa dotadas de valor econômico. In BRASIL. **Código Civil**, p. 263.

¹⁴² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. In BRASIL. **Código Civil**, p. 345.

¹⁴³ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. In BRASIL. **Código Civil**, p. 345.

¹⁴⁴ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. In BRASIL. **Código Civil**, p. 346.

¹⁴⁵ Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar as disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. In BRASIL. **Código Civil**, p. 483.

¹⁴⁶ Art. 2.033. Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no artigo 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código. In BRASIL. **Código Civil**, p. 483.

¹⁴⁷ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedecem ao disposto nas leis anteriores, referidas no artigo 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. In BRASIL. **Código Civil**, p. 483.

¹⁴⁸ Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não governados por este Código referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis. In BRASIL. **Código Civil**, p. 483.

¹⁴⁹ Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. In BRASIL. **Código Civil**, p. 484.

2.6 PRINCÍPIOS DE DIREITO COMERCIAL

Destacados anteriormente aqueles princípios gerais que regem a matéria disciplinada pelo Direito Comercial, resta-nos, neste momento, melhor identificarmos melhor as características de suas normas referendadas, na visão de REQUIÃO¹⁵⁰, pelo: cosmopolitismo, individualismo, onerosidade, informalismo, fragmentarismo e solidariedade presumida.

Sendo o cosmopolitismo, a primeira delas, esta característica específica das normas de Direito Comercial versa sobre o fato de que o comércio não é somente um fenômeno local, mas internacional, portanto não conhece as barreiras que geralmente são impostas sobre a vida civil. Este aspecto faz com que as regras de Direito Comercial sejam muito similares no mundo todo, o que também faz surgir normas internacionais, como a Lei Uniforme que rege a letra de câmbio, a nota promissória e o cheque (Decreto nº 57.595, de 7 de janeiro de 1966 e Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966), e normas de aplicação similares com a regência das sociedades anônimas. Tão grande é a influência das regras de Direito Comercial que atualmente a Organização das Nações Unidas (ONU) patrocina estudos para a elaboração de um Código de Comércio Internacional.

Quanto à internacionalidade de suas normas leciona MARTINS¹⁵¹:

“Enquanto o Direito Civil é um Direito nacional, a tendência do Direito Comercial é para a internacionalização. Aumentando, continuamente, as relações econômicas entre os mais distantes países, necessária é a existência de certo número de regras aplicáveis a todos os povos, a fim de serem evitadas demoras prejudiciais ao intercâmbio comercial”.

A figura do lucro, ou pelo menos de sua perseguição, faz com que as normas de Direito Comercial possuam a característica do

¹⁵⁰ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 31.

¹⁵¹ MARTINS, Fran, *op cite*, p. 28.

individualismo. Quanto a esta característica, comenta REQUIÃO¹⁵², temos de reconhecer, “está temperado nos tempos modernos pela atuação do Estado, limitando a liberdade do contrato, que era um dos apanágios do individualismo. A liberdade do contrato, todavia, constitui ainda regra preponderante nas relações mercantis”.

São também onerosas, pois sendo a visão do empresário a obtenção do lucro, não se concebe na atividade empresarial a gratuidade. Sobre esta característica comenta REQUIÃO¹⁵³: “a onerosidade é a regra, e ela se presume. No Direito Civil a gratuidade é a constante, em muitos contratos, a começar pelo mandato. O *mutuum*, no direito romano, era contrato entre amigo, passando a ser oneroso com o desenvolvimento do comércio”.

A informalidade se constitui noutra característica das normas de Direito Comercial. Ao contrário do Direito Civil, leciona MARTINS¹⁵⁴, formalista e complexo, o comercial procura soluções para as diversas relações jurídicas dentro da maior simplicidade. Desprezando as normas rígidas do Direito Civil, o comercial norteia a sua tendência para a informalidade das fórmulas, a fim de mais prontamente poder atender às necessidades econômicas do comércio.

O fragmentarismo, comenta REQUIÃO¹⁵⁵, diz respeito à característica do Direito Comercial não estar centralizado numa só codificação, mas disperso num conjunto de normas, extraordinariamente fragmentário. Neste mesmo sentido leciona ROCCO¹⁵⁶ para quem o Direito Comercial não forma um sistema jurídico completo, que possa manter-se por si próprio, mas um complexo de normas que deixam na disciplina jurídica, das relações que lhe estão sujeitas, uma quantidade de lacunas.

Por fim a solidariedade presumida, diz respeito à forma de responsabilidade assumida pelas partes nas relações empresariais. No Direito brasileiro, no entanto, a solidariedade não pode ser presumida, mas deve

¹⁵² REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 32.

¹⁵³ Idem, p. 32.

¹⁵⁴ MARTINS, Fran, *op cite*, p. 28.

¹⁵⁵ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 32.

¹⁵⁶ ROCCO, Alfredo, *op cite*, p. 72.

decorrer da lei ou da vontade das partes, por força do artigo 265 do Código Civil. Desta forma, conclui REQUIÃO¹⁵⁷ que embora não possa incluir a solidariedade como regra exclusiva do Direito Comercial, pois serve também ao Direito Civil, não se pode deixar de ressaltar a circunstância de ser ela mais freqüente nas relações empresariais do que nas civis.

Analisados assim, sumariamente, os elementos básicos identificadores do Direito Comercial, mister se faz também analisarmos estes elementos quanto ao Direito Empresarial, antes de se poder tratar sobre as possibilidades e limites de diálogo das normas atribuídas a estes ramos, assuntos estes que a presente pesquisa trata, respectivamente, nos próximos capítulos.

¹⁵⁷ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 33.

CAPÍTULO 3

DIREITO EMPRESARIAL

Percorridos os campos iniciais de fundamentação da presente pesquisa e de identificação da origem e evolução histórica, natureza jurídica, posição na legislação brasileira, princípios e características próprias do Direito Comercial, o presente capítulo volta-se ao estudo do Direito Empresarial no intuito de identificar as características que lhe são peculiares para, então, dar-se seguimento ao trabalho em sua fase ulterior.

3.1.ORIGEM E EVOLUÇÃO

A origem de um direito considerado como Direito Empresarial tem suas raízes na idéia do exercício de uma atividade econômica considerada empresarial e nas primeiras tentativas de se estender o conceito de atos do comércio para além da mera exploração da mercancia, envolvendo assim, outros tipos de exploração econômica.

O esforço para tutelar os vários interesses que envolvem a exploração organizada da atividade econômica, encontra guarida, inicialmente, na evolução histórica do Direito Comercial, que demonstra a busca da ampliação da regência de suas normas.

O Direito Comercial surge inicialmente, como já abordamos, como um direito classista, voltado aos próprios comerciantes, e em decorrência de seu fortalecimento econômico pelo exercício da mercancia, que em razão da remanescente regência romanista, agravado profundamente pelas regras canônicas que discriminavam as práticas comerciais, levou à união dos comerciantes nas chamadas corporações de classes que objetivavam, principalmente, a defesa de seus próprios interesses.

Foi por esta razão que a primeira fase do Direito Comercial foi chamada subjetivista, pois estava intimamente marcada pela classificação de comerciante com aquele que era matriculado nas corporações. Dessa forma, somente os que pertenciam a estas entidades tinham acesso aos tribunais do comércio ou tribunais consulares, por sua vez ao amparo do então Direito Comercial.

Como visto, esta classificação subjetivista mostrou-se insuficiente em decorrência de que nem toda vida e atividade do comerciante eram atividades absorvidas pelo exercício profissional do comércio. Impunha-se, assim, a necessidade de se delimitar o conceito do que poderia se considerar como matéria comercial, o que deu início a uma nova fase do Direito Comercial denominada objetivista.

A fase objetivista procurou sanar os problemas encontrados na fase subjetivista desvinculando o critério ou a identificação dos sujeitos as regras do Direito Comercial a somente aqueles que eram matriculados nas corporações. Adotava-se, desta maneira, um critério mais objetivo para sua classificação qual seja, na prática de um determinado ato considerado ato de comércio e este de forma profissional e com intuito lucrativo. Conforme leciona MACHADO¹⁵⁸, nesta fase, “é o exercício profissional de determinada atividade que fará com que o comerciante seja considerado como tal”.

Marco histórico desta segunda fase, como alhures referendamos, foi à entrada em vigor do Código Comercial Francês em 1808, tendo como proposta abarcar com o Direito Comercial todos aqueles que se dedicassem à atividade mercantil, independentemente de estarem ou não afiliados a alguma corporação de classe.

Ocorre que a chamada Teoria dos Atos do Comércio encontrou extrema dificuldade em estabelecer o conceito científico destes atos, acabando por limitar o entendimento do ato comercial a aquilo que a lei

¹⁵⁸ MACHADO, Daniel Carneiro. **O Novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa**, p. 32.

estabelecesse. Destarte, o que não estivesse previsto em lei, seria ato civil e, por sua vez, não estaria sujeito às normas e prerrogativas mercantis.

As dificuldades para conceituar atos de comércio geradas pela teoria objetivista provocou, outrossim, a distorção no alcance das normas do Direito Comercial limitando-as, tão somente, ao simples comércio de bens, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre a oferta e procura de mercadorias. Essa prática, não abrangia, desta forma, outras atividades econômicas tão ou mais importantes do que estas, tais como: a indústria, prestação de serviços, agricultura, entre outras. Surge daí a necessidade de se evoluir mais uma vez, agora para um conceito que pudesse abranger o desenvolvimento destas atividades econômicas e, por conseguinte, tutelar os vários interesses que a norteiam, o conceito de empresa.

Por certo, ensina BULGARELLI¹⁵⁹, não aquela empresa mencionada parca e hermeticamente no Código Comercial Francês, vista, por isso, como contrato de locação de serviços e dotada de uma certa organização, asseverando:

“(...) Mas aquela (*empresa*) que já despertava a atenção de Wilhelm Endemann, na Alemanha, por volta de 1865; aquela a qual Vivante entreviu um organismo para o exercício de indústria, e a que L. Mossa, seguindo na esteira do austríaco Pisko e do suíço Wieland, pretendeu tornar a base do Direito Comercial.

Assim é que a empresa foi se impondo, pouco a pouco, com fluxos e refluxos, sempre porém com uma constância remarcável, à consciência de todos – juristas, sociólogos, economistas, religiosos, políticos – a ponto de constituir uma realidade tão gritante que o Direito não pôde resistir ao seu impacto”.

Dá-se início, assim, às primeiras tentativas de se evoluir para o conceito de empresa, na busca de se envolver os vários tipos de atividades econômicas exercidas, mas o próprio conceito de empresa, como visto,

¹⁵⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 14.

teria que necessariamente evoluir o que ocorreu, como leciona REQUIÃO¹⁶⁰, diante da grande organização capitalista do comércio dos tempos subseqüentes. Por empresa comercial passou-se a compreender não a cadeia de atos de comércio isolados, conceito inicial francês, mas a organização dos fatores de produção, para a criação ou oferta de bens ou de serviços em massa. Este último pondo em relevância o aspecto econômico da empresa, o qual abordaremos melhor em item mais adiante nesta pesquisa.

Destarte, segundo REQUIÃO¹⁶¹, o primeiro passo efetivo para edificar o que chama de Direito Comercial moderno, baseado sobre o conceito de empresa, foi dado na Alemanha, no Código Comercial de 1897, restabelecendo e modernizando o conceito subjetivista, assim lecionando:

“Pela definição do artigo 343, atos de comércio são todos os atos de um comerciante que sejam relativos a sua atividade comercial. Em face dessa definição, tanto o ato de comércio como o comerciante somente adquirem importância para o Direito Comercial quando se referam à exploração de uma empresa. Desaparece, nela, a preponderância do ato de comércio isolado, como também se esmaece a figura do comerciante. Surge, assim, esplendorosa, a empresa mercantil, e o Direito Comercial passa a ser o Direito das Empresas Comerciais”.

Outro importante passo foi à promulgação em 1942 do Código Civil Italiano que passou a disciplinar, num mesmo diploma, a matéria Civil e a Comercial, sendo o primeiro Código a inserir a Teoria da Empresa no ordenamento jurídico, passando a tutelar assim o exercício das várias atividades econômicas.

WALD¹⁶² ensina que houve na história da empresa moderna várias fases sucessivas que ocorreram em períodos distintos nos diferentes países, asseverando:

¹⁶⁰ REQUIÃO, Rubens, *op cite*, p. 14.

¹⁶¹ *Idem*, p. 14-15.

¹⁶² WALD, Arnoldo. **O empresário, a empresa e o Código Civil**, p 25.

“(…) Em primeiro lugar, tivemos a identificação do principal detentor do capital com o presidente e administrador da empresa. Posteriormente, surgiu uma crescente delegação, em virtude do qual o comando empresarial passou a “tecnoestrutura” formada pelos executivos, numa fase na qual as empresas impunham os seus produtos aos consumidores. Mais recentemente, os acionistas retomaram parte do poder, chegando, em alguns casos, a destituir os profissionais, ao mesmo tempo em que se firmava a posição dos consumidores protegidos por uma legislação própria. Atualmente, parece que estamos chegando a uma fase de equilíbrio entre os vários poderes: acionistas e executivos, empresas e consumidores”.

Desta forma, a atual fase do Direito Comercial adota a Teoria da Empresa que, em sentido prático, amplia o campo de incidência do Direito Comercial as atividades econômicas consideradas empresariais envolvendo, não só as atividades consideradas eminentemente comerciais como também as atividades industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços e outras¹⁶³.

É desta concepção que nasce o Direito Empresarial, voltando sua atenção para a empresa, entendida como sendo o exercício da atividade econômica de forma organizada para a produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens, na concepção de BULGARELLI¹⁶⁴, adotada nesta pesquisa.

Ocorre que atualmente o Direito Comercial rege parte fundamental do que se entende da atividade empresarial e, por conseguinte, da empresa, porém, não a rege como um todo. Existem ainda grandes interesses ligados à atividade empresarial que não são tutelados pelo Direito Comercial, dos quais podemos citar as relações entre empresa e empregados, as relações entre

¹⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27.

¹⁶⁴ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 100.

empresa e o fisco, relações entre empresas e consumidores finais de seus produtos ou serviços, dentre outros.

Daí surgir, então, a necessidade de se entender distinto do Direito Comercial a existência do denominado Direito Empresarial ou Direito da Empresa que se predispõe a servir como uma resposta do Direito à tutela dos vários tipos de interesses e necessidades que norteiam o exercício da atividade empresarial.

O estudo sistemático e separado do Direito Empresarial do Direito Comercial é posição defendida por ASQUINI¹⁶⁵ segundo o qual:

“O Direito Comercial não pode ser considerado o Direito da Empresa, pois tal redução é passível de crítica tanto do ponto de vista histórico, por ter sido o Direito Comercial anterior ao aparecimento da empresa; do ponto de vista econômico, pois aquele surgiu antes da empresa e não necessitou dela para se afirmar; quanto do ponto de vista sistemático, pois não se pode apontar a existência da empresa em absolutamente todos os institutos mercantis”.

Outrossim, PONT¹⁶⁶ ao tratar sobre esta questão, demonstra que o Direito Comercial para poder ser considerado como o Direito Empresarial deveria abranger: a) todas as normas sobre a empresa, monopolizando, portanto, todo seu sistema jurídico; b) todas as empresas, pois, estão fora às agrárias, as mineiras e a pequena empresa industrial. Desta forma entende que:

“(…) é impossível o Direito Comercial pretender monopolizar as normas que regem as empresas, pois como fenômeno poliédrico ela interessa aos vários ramos do Direito, inclusive também ao Direito Fiscal e ao Direito do Trabalho, é também impossível à abrangência de todas as empresas, conforme demonstraram já Ascarelli, Ripert, Bubio e Langle y Garrides”.

¹⁶⁵ ASQUINI, Alberto *apud* BULGARELLI, Waldírio. **Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas**, p. 14.

¹⁶⁶ PONT, Manoel Broseta *apud* BULGARELLI, Waldírio. **Estudos e pareceres de direito empresarial**, p. 15.

Diverge deste posicionamento BULGARELLI¹⁶⁷ buscando dar resposta ao que considera o resumo das objeções para que o Direito Comercial não seja considerado como o Direito Empresarial, condensando-as em duas: a) o Direito Comercial não pode ser o Direito Empresarial, pois que convergem sobre estes distintos interesses que são regulados por vários ramos do Direito; e, b) o Direito Comercial não pode ser o Direito Empresarial pois não regula todos os tipos (ou espécies) de empresas, como as de fim não lucrativos (cooperativas, empresas públicas, mútuas etc) e as agrícolas.

Para a primeira indagação, responde BULGARELLI¹⁶⁸, que a disciplina do Direito Comercial constitui o centro, o cerne, o ponto nodal, nuclear da empresarialidade ao contrário dos outros ramos do Direito que para alcançar seus objetivos, as mencionam ou disciplinam, ou seja, consideram a empresa meramente como sujeito, em defesa dos interesses que se dispõem a tutelar. E, quanto à segunda indagação, comenta BULGARELLI¹⁶⁹ o seguinte:

“O fato de o Projeto (CC2002) ter deixado a empresa rural fora do regime jurídico específico dos empresários, a que pode adentrar facultativamente; de não ter feito expressa menção à empresa pública; de ter dispensado o pequeno empresário das obrigações dos empresários, não significa que não sejam atividades empresárias e que não sejam alcançadas pelo conceito do artigo 1.003 do Projeto (966, do CC2002), mas, tão-somente que atuaram razões de política legislativa”.

Desta forma, ponderando-se as respostas oferecidas por BULGARELLI e os argumentos apresentados por ASQUINI e PONT demonstrados de forma breve acima, observa-se que a empresa se demonstra num fenômeno que tem muitas faces. Ela possui muitos interesses a serem regulados e necessidades a serem tuteladas, e nela também se encontram regras que diretamente inferem sobre a mesma nos mais diversos ramos já consagrados do Direito. Conclui-se, portanto, ser inoperante limitá-la a regência única do Direito Comercial, tampouco seria provável considerar que o Direito Comercial,

¹⁶⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 48.

¹⁶⁸ Idem, p. 49-50.

¹⁶⁹ Idem, p. 49-50.

tornando-se o Direito Empresarial, consiga regular todos os aspectos da empresa, bem como consiga abranger todos os tipos de empresas existentes e os que estarão por vir.

Outrossim, neste diapasão, observando a atual regência legal brasileira, relevante destacar o posicionamento de CAVALLI¹⁷⁰ sobre a diferenciação do exercício da atividade econômica em empresária e não empresária e de critérios utilizados pelo CC2002 para excluir certas atividades econômicas do âmbito da aplicação do estatuto do empresário, assim lecionando: “certas atividades, contudo, são expressamente excluídas do âmbito de aplicação do estatuto do empresário em razão de possuírem estatuto próprio e, em certos casos, estarem sujeitas à inscrição em órgãos de classe”.

Destarte, há de fato certas atividades econômicas que apesar de estarem organizadas de forma profissional, não serão regidas pelo Direito Comercial, sendo algumas vezes excluídas pela própria lei (sociedades cooperativas conforme parágrafo único do artigo 982 do CC2002), ou ainda somando-se ao critério legal o econômico (sociedades simples). Algumas dessas atividades, no entanto, não podem ser desclassificadas como empresas em seu sentido econômico, devendo ser alvo, portanto, de um campo de estudo mais amplo e abrangente do Direito denominado Direito Empresarial; concepção esta ainda não muito clara, pois em face das recentes mudanças, encontra-se ainda em fase de construção.

Mas qual seria a necessidade e o que se pretende com um regime jurídico destinado à empresa? A resposta é dada por GHIDINI¹⁷¹ que ensina: “consiste em partir dos conceitos econômicos e jurídicos da empresa para passar a análise da definição legislativa e examinar as diversas espécies de empresas. De posse de tais dados, avaliam-se as exigências de defesa e proteção da empresa e da valorização dos interesses envolvidos”.

¹⁷⁰ CAVALLI, Cássio Machado. **O Direito da Empresa no novo Código Civil**, p. 59.

¹⁷¹ GHIDINI, Mario *apud* BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 42.

3.2. CONCEITO

Estabelecidas assim de forma sumária a origem e evolução histórica do Direito Empresarial, bem como destacado o aspecto controverso quanto à sua existência distinta e paralela em relação ao Direito Comercial, restamos, o desafio de melhor identificá-lo, não obstante ao seu caráter difuso como já fora destacado.

Destarte como a origem de um chamado Direito Empresarial está ligada a concepção do desenvolvimento de atividades econômicas de forma organizada, ou seja, ao próprio conceito e concepção do que se entende como empresa, por sua vez a formulação de uma idéia que busca conceituar o que se pode entender como Direito Empresarial não poderá, portanto, negligenciá-la.

Desta forma importa, nesta ocasião resgatarmos o aspecto econômico a que está intimamente ligada a concepção de empresa para, então, por sua vez, melhor compreendermos a noção proposta nesta pesquisa para a conceituação do Direito Empresarial.

Em economia, leciona CAVALLI¹⁷², empresa se compreende como uma unidade econômica que produz e emprega resultados destinados à cobertura de necessidades alheias, respeitando a economicidade e o equilíbrio financeiro.

Como se observa, o aspecto econômico não limita a empresa ao desenvolvimento de somente um tipo de atividade o que, como se destacou anteriormente, oferece assim uma saída à crise atravessada pelo Direito Comercial com suas raízes na teoria objetivista dos atos do comércio.

A adoção, portanto, de um conceito mais aberto possibilitou, então, como leciona ALMEIDA¹⁷³, a transição de um capitalismo comercial para um capitalismo industrial, pois não era possível nem interessante submeter o industrial ao estatuto dos comerciantes transformando-o em empresário e agente da produção. O industrial foi colocado em igualdade de condições com o

¹⁷² CAVALLI, Cássio Machado, *op cite*, p. 53.

¹⁷³ ALMEIDA, Betyna Ribeiro de, *op cite*, p. 245.

comerciante, assim todo o sistema foi modificado e seu centro de gravidade foi deslocado do comerciante para o empresário.

Atualmente, ensina ALMEIDA¹⁷⁴, o grande desafio da Teoria da Empresa é transpor para o mundo jurídico um fenômeno sócio-econômico. A empresa nos nossos dias tem grande relevância e, portanto, deve ser regulada pelo Direito. Cabe ao Direito regular a atividade econômica exercida pelos cidadãos destinada à produção, para o mercado, de bens ou serviços, de forma profissional.

É, portanto, a empresa um instituto abrangente e somador de vários aspectos, e atualmente se coloca como elemento central da economia moderna caracterizada pelas suas várias facetas, como ensina WALD¹⁷⁵: “de entidade econômica, por ser o centro de produção ou de circulação de bens; de entidade social, por desenvolver parceria entre capital e trabalho e, por fim, entidade jurídica, por constituir um complexo de direitos e de obrigações”.

Nas palavras de PONT¹⁷⁶,

“Mas la empresa, como fenómeno económico, es un ente de gran complejidad para el Derecho, pues en ella convergen distintos intereses (públicos y privados) distintos sujetos (empresarios empleados y obreros) distintos elementos de muy variada naturaleza (muebles e inmuebles, cosas y derechos) y sobre su titular inciden deberes y derechos de clase y naturaleza diversas. Por todo ello, la empresa en sentido económico está sometida a varias ramas del Derecho (públicas y privadas) a las cuales corresponde disciplinas los distintos intereses, elementos sujetos, derechos y deberes que sobre ella convergen”.

Por esta razão, tendo em vista os vários interesses, sociais, econômicos e jurídicos, o seu caráter difuso, ou seja, disperso nos vários ramos do Direito, é que propomos como conceito operacional para Direito da Empresa,

¹⁷⁴ ALMEIDA, Betyna Ribeiro de, *op cite*, p. 245.

¹⁷⁵ WALD, Arnoldo. **O empresário, a empresa e o Código Civil**, p 23.

¹⁷⁶ PONT, Manuel Broseta *apud* BULGARELLI, Waldírio. **Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas**, p. 15.

para fins da presente pesquisa, como sendo o produto do diálogo de várias fontes legislativas convergentes que regulam os interesses decorrentes do desenvolvimento da atividade empresarial.

Diálogo, no sentido de harmonização das várias fontes que por sua vez provém dos diversos ramos do Direito, sistemas e microsistemas jurídicos, e que irão convergir para tutelar os mais diversos tipos de interesses e necessidades ligadas a todos os tipos de empresa, esta última entendida, principalmente como sendo o desenvolvimento de uma atividade econômica de forma organizada para a produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens. Quanto às possibilidades deste diálogo e a convergência dessas normas, essa se constitui na temática do próximo capítulo.

3.3. NATUREZA JURÍDICA

Assim como para identificarmos a natureza jurídica das normas de Direito Comercial, adotamos o entendimento de MELO¹⁷⁷ para quem a natureza jurídica de uma norma é aquela que lhe dá sua classificação taxionômica, ou seja, que a ordena e sistematiza dentro de um determinado grupo, ou de um campo científico, nesse sentido, pode-se então constatar, de início, uma vez aceitando-se a concepção do Direito Empresarial como um conjunto de normas convergentes e dispersas nos vários ramos já consagrados do Direito, que a identificação de uma natureza jurídica para as normas jurídicas consideradas como da empresa não se constitui tarefa fácil. Assim sendo, por vezes, encontraremos algumas normas dentro dos ramos identificados como do Direito Privado, e outras, dentro do chamado Direito Público, sendo cada uma delas regidas por princípios próprios e distintos.

Parece, então, não haver uma característica geral que possa classificar adequadamente a natureza jurídica das normas jurídicas que formam o

¹⁷⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de, *op cite*, p. 67.

Direito Empresarial, mas, por sua vez, como ensina MAMEDE¹⁷⁸, sendo a empresa e não o tipo de ato praticado pelo empresário – que dá característica à disciplina jurídica, pode se compreender que ao regime do Direito Empresarial devem se submeter todas as normas jurídicas que se dispõem a tutelar a atividade econômica, negocial, que se apresente sob a forma de uma organização voltada à produção ou circulação de bens e serviços para o mercado, com fim profissional.

Não se pode olvidar, entretanto, que do CC2002 não define o que seja empresa, limita-se a definir em seu artigo 966 a pessoa do empresário, dispondo, *verbis*:

“Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bem ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”¹⁷⁹.

Assim sendo o Direito Empresarial é, portanto, o ramo do Direito que se destina a regular o empresário e as atividades por ele desenvolvidas, denominadas atividades empresariais. Tais atividades são econômicas, visam ao lucro, devem ser exercidas mediante organização e é, o empresário quem tem a incumbência de organizá-las.

BULGARELLI¹⁸⁰, apesar de conceber atualmente o Direito Comercial equivalente ao Direito Empresarial, como destacamos alhures, quanto ao objeto central que vai nortear as normas daquilo que denomina como novo sistema, leciona o seguinte:

¹⁷⁸ MAMEDE, Gladston, *op cite*, p. 42.

¹⁷⁹ BRASIL. **Código civil; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal**, p. 351.

¹⁸⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 17.

“A escolha, pois, do empresário e da atividade empresária como centro do novo sistema não se deve ao arbítrio do legislador (hoje tão constante, devido à crescente e assustadora intervenção do Estado na iniciativa privada, e, entre nós, especificamente também a hipertrofia do Executivo), mas sujeita-se a um imperativo da realidade, acompanhado o panorama da economia moderna, e, como fenômeno social do maior realce, pressiona os institutos jurídicos, a maior parte, como é natural, defasada em relação à realidade econômica e em particular com referência à empresa. É tão marcante a sua presença no mundo atual que dispensa, como fato notório, ser provada”.

Assim sendo, não podemos desassociar da concepção do Direito Empresarial aos conceitos que norteiam estas outras duas categorias, qual sejam, da empresa e do empresário. Dessa forma, tendo a natureza jurídica o condão de ordenar e sistematizar as normas jurídicas dentro de um determinado grupo, ou de um campo científico, o Direito Empresarial tem como elo principal, como cerne de identificação da natureza de suas normas, toda matéria que tutela interesses da empresa e do agenciador dessas atividades, o empresário.

3.4. DIREITO EMPRESARIAL E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Como o Direito Empresarial é o conjunto de normas que convergem para tutelar os interesses e necessidades da atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e produtos, de forma profissional, constitui-se característica de sua própria definição o caráter disperso e difuso de suas regras ou normas jurídicas que serão encontradas nos vários ramos do Direito.

Esta definição nos leva à percepção de uma íntima relação do Direito Empresarial com vários outros ramos do Direito, onde são encontradas normas jurídicas que versem sobre os interesses e necessidades da empresa.

Há, no entanto, a necessidade de se destacar, inicialmente, a relação entre o Direito Empresarial e o Direito Comercial. São nas regras encontradas no Direito Comercial que a empresa ganha personalidade jurídica a partir de seu registro, onde também se regulam vários outros pontos fundamentais como, por exemplo, as espécies de sociedade empresariais e as relações de responsabilidades entre empresário e prepostos perante terceiros.

Destarte, não obstante considerarmos que o Direito Empresarial não possa ser considerado como o Direito Comercial em razão, principalmente, do aspecto reducionista desta posição, não podemos negar, por conseguinte, concordando neste ponto com o que leciona BULGARELLI¹⁸¹, que o Direito Comercial se constitui na disciplina central, o cerne o ponto nodal, nuclear da empresarialidade.

Assim sendo, como é comum não só ao Direito Comercial quanto também aos demais ramos do Direito, vez que todos fazem parte de um mesmo sistema ou ordenamento jurídico, o Direito Empresarial também mantém íntimas relações com vários ramos deste mesmo ordenamento jurídico, dos quais podemos destacar:

- a) Direito Constitucional, Direito Econômico e Administrativo disciplinando regras sobre empresas públicas, prestação de serviços públicos, exploração de recursos minerais, energia hidráulica, transporte aéreo, aquático e terrestre, entre outras (artigos 173, 174, 175, 176 da Constituição da República Federativa do Brasil);
- b) Direito Público: regras que incidem, principalmente sobre as sociedades anônimas regulando o mercado de capitais, criando autarquias e normas para constituição das sociedades por ações (Lei nº 6.375, de 7 de dezembro de 1976 – dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários); o

¹⁸¹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**, p. 49.

Direito Regulatório, com forte influência sobre as atividades empresariais (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Implementada pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995 – Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e dá outras providências);

- c) Direito Civil: regras que definem o empresário, personificam a sociedade empresária, estabelecem as espécies das sociedades empresárias, coligação, transformação e fusão de sociedades, relações de responsabilidade dos prepostos dos empresário, estabelecimento empresarial, registro, nome e escrituração empresarial (artigos 966 a 1.195 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002);
- d) Direito Processual: regras relativas à penhora, depósito, administração da empresa e outros estabelecimentos (artigos 677 a 679 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil Brasileiro);
- e) Direito Tributário: dentre a infinidade de diplomas legais que fazem referência à empresa relativa a legislação tributária e fiscal pode-se citar o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), o Regulamento do Imposto de Renda, a Lei nº 6099, de 12 de setembro de 1974 e inúmeras Resoluções do Conselho Monetário Nacional; os programas de parcelamento fiscal (REFIS) e de tratamento diferenciado (SIMPLES, Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996);

- f) Direito do Trabalho: na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), destaca-se o conceito de empregador do artigo 2.º e a mudança de estrutura da empresa no artigo 448, especialmente no que tange aos prepostos do empresário (Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, dentre outras);
- g) Direito Penal: as responsabilidades decorrentes da área ambiental, Lei nº 9.605/98, e dos crimes relacionados à falência e a recuperação de empresas, Lei nº 11.101/2005, além dos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, contra o consumidor, de formação de cartel, entre outros;
- h) Análise Econômica do Direito, em face da interdisciplinaridade crescente do Direito, porque se trata de ramo do conhecimento que começa a ser difundido no Brasil e que tem como objeto analisar o impacto do Direito no âmbito da economia¹⁸².

Pode-se, portanto, observar que as normas jurídicas que tutelam interesses da empresa se espraiam por todos os ramos do Direito, tanto Público quanto Privado, não podendo ainda deixar de citar o Direito do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) que regula as relações da empresa com o consumidor final de seus produtos e serviços; o direito de renovação do contrato de locação, versado na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 e a falência e o instituto da recuperação de empresas, judicial com seu plano comum e especial e extrajudicial, versado na Lei nº 11.101, de 09 de

¹⁸² Sobre o tema, ver: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. ***Direito, Economia e Mercados***. Rio de Janeiro: Elsevier e Campus, 2005; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. ***Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil***. Florianópolis: Fundação Boiteux, IBRADD e Unigranrio, 2002.

fevereiro de 2005. Além dessas normas, o Direito Empresarial possui relação com as demais regras de Direito comum que se apresentam com o Direito Civil, principalmente na área obrigacional a regular os vários tipos de relações contratuais (fomento mercantil, mútuos, financiamentos, *leasing*, alienação fiduciária, compra e venda com reserva de domínio), dentre outros tantos.

Ainda, não se pode olvidar, a característica de que os interesses da empresa, assim como o exercício das atividades econômicas, ultrapassam os limites nacionais, caracterizando-se como um fenômeno mundial, por sua vez, envolve também o estudo de uma série de acordos e tratados internacionais. Destaca-se aqui a lição de OLIVEIRA¹⁸³:

“Os acordos celebrados ao final da Rodada Uruguai do GATT, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT/47), bem como todas as modificações introduzidas nos termos dos instrumentos legais que entraram em vigor até a data do início do funcionamento da OMC (1.º de janeiro de 1995), como concessões tarifárias, protocolos de acesso de novos membros, concessão de suspensão temporária de obrigações (*waivers*), protocolos interpretativos e decisões relativas à solução de controvérsias conformam o atual marco normativo de Direito Internacional Econômico para as relações comerciais internacionais”.

No Brasil, o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1994, promulgou a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

Destarte, pela característica de dispersão de suas normas jurídicas, sempre que um ramo do Direito estabelecer uma regra jurídica que venha tutelar um interesse ou necessidade da empresa, eis aí o Direito Empresarial.

¹⁸³ OLIVEIRA, Álvaro Luiz Vereda *in* CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (org.) **Temas atuais de direito do comércio internacional**, p. 68.

3.5. O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O atual Código Civil brasileiro veio consolidar uma série de tentativas de revisão, no que concerne a atividade empresarial, respondendo aos anseios projetados, conforme leciona BULGARELLI¹⁸⁴, desde 1964 pela unificação legislativa do Direito Privado no Brasil, acabando por regular num mesmo diploma legal as matérias de Direito Civil e as principais matérias relacionadas ao Direito Comercial, consolidando por sua vez a Teoria da Empresa no Direito nacional.

Não obstante, a unificação legislativa ocorrida, a autonomia dos ramos do Direito denominados Civil e Comercial foram conservadas aumentando-se, inclusive, a incidência das regras de Direito Comercial, sobre outros ramos de exploração econômica, tratadas agora dentro da Teoria da Empresa, adotada pelo Código, conforme já tivemos oportunidade de mencionar.

Mas, como visto, o Direito Empresarial encontra-se regulado por uma série de normas jurídicas espalhadas por vários ramos, sistemas e microsistemas jurídicos. Mister se faz, portanto, destacarmos alguns desses, considerados fundamentais, dentro da vastidão de seu assunto.

3.5.1. Legislação Especial

O principal diploma legal, como já tivemos oportunidade de destacar, que regerá as normas do Direito Empresarial, se constitui na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, sobre ele, no entanto, reservamos o próximo item.

¹⁸⁴ Conforme BULGARELLI, Waldírio. Tratado de Direito Empresarial, p. 183, o projeto que se tornou a Lei 10.406, de 10/01/2002, é a quinta versão de uma série de anteprojetos elaborados a partir de 1964, sua primeira versão, seguindo-se uma segunda versão em 1965, uma terceira em 1972, e ainda uma quarta versão no mesmo ano de 1972 que, por fim, veio a se converter na quinta versão do assunto, contida no Projeto do Poder Executivo, 634/75.

Dentre as demais normas jurídicas que tutelam interesses e necessidades da empresa, encontradas nos mais diversos ramos jurídicos, além das já destacadas, podemos ainda citar, bem como daquelas reservadas, especificamente ao ramo do Direito Comercial, os seguintes diplomas legais:

- a) Lei do Protesto Cambiário, Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997;
- b) Lei do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES), Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;
- c) Sociedades Cooperativas, Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971;
- d) Instituição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
- e) Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, regulamentada pelo Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999;
- f) Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;
- g) Lei de Proteção da propriedade intelectual de programas de computador, Lei nº 9.609, de 12 de fevereiro de 1998;
- h) Lei de Incorporações Imobiliárias, Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Os diplomas legais acima citados são meramente exemplificativos do caráter da dispersão das normas consideradas de abrangência de um Direito Empresarial e não têm o condão de limitá-las. Nesse contexto, poderíamos citar as regras que regem a atividade portuária, de importação e exportação, bem como muitas outras, pois, em cada setor de

desenvolvimento da atividade econômica de forma organizada para o mercado, temos o desenvolvimento e a regência da atividade empresarial, ultrapassando nos dias de hoje, assim como foi no passado o comércio, as barreiras nacionais, constituindo-se num fenômeno mundial.

3.5.2. O Direito Empresarial no Código Civil de 2002

O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de fevereiro de 2002, tratou em seu Livro II da Parte Especial, do denominado Direito da Empresa, abrangendo seus artigos 966 a 1.195, além de diversas outras disposições sobre as empresas, contidas no mesmo diploma legal, ainda que não encontradas no Livro II, como por exemplo, os artigos 45, 48, 49, 50, 51, 82, 89, 90, 91, 927, 931, 932, 933, 2031, 2033, 2035, 2037 e 2045, já transcritos anteriormente.

Apesar de algumas leis no Direito pátrio, já adotarem a Teoria da Empresa, dentre elas as Leis nº 8.078/90 e 8.934/94 (Código de Defesa do Consumidor e Lei do Registro Público de Empresas, respectivamente), foi somente a partir da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que se consagra de forma efetiva a Teoria da Empresa, como assim leciona MAMEDE¹⁸⁵:

“O Direito da Empresa surge positivamente como último ato de processo evolutivo, quando a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, expressamente revoga a primeira parte do Código Comercial, deixando em vigor apenas a parte correspondente ao comércio marítimo (parte segunda), certo que à parte terceira, que cuidava das quebras, já fora revogado há muito. Em seu lugar, o novo Código Civil trouxe, no Livro II da Parte Especial, a compreender os artigos 966 a 1.195, as regras que regulam o Direito de Empresa”.

Foi assim, num só tempo, ensina CAVALLI¹⁸⁶, que o Código Civil pôs fim à histórica dicotomia legislativa do Direito Privado, de forma a unificá-lo, ao extinguir a noção de comerciante, a dualidade de tratamento das

¹⁸⁵ MAMEDE, Gladston, *op cite*, p. 41.

¹⁸⁶ CAVALLI, Cássio Machado, *op cite*, p. 44.

obrigações e de diversos tipos contratuais e, por fim, ao extinguir as sociedades comerciais. É, portanto, conclui o autor, a base sobre a qual se assentou tão expressiva guinada legislativa consistente na Teoria da Empresa.

Destarte, além dos dispositivos citados acima, a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disciplina a matéria denominada como sendo Do Direito de Empresa, em seu Livro II da Parte Especial, em três títulos, com a seguinte ordem: Título I – Do Empresário (artigos 966 a 980); Título II – Da Sociedade (artigos 981 a 1.141); e, Título III – Do Estabelecimento (artigos 1.142 a 1.195).

Ainda é importante ressaltar a lição de WALD¹⁸⁷ ao comentar sobre a empresa no Código Civil que destaca:

“A unificação do Direito Privado (após várias tentativas anteriores, no início da década de 40, com o anteprojeto do Código de Obrigações de autoria dos renomados juristas OROZIMBO NONATO, PHILADELFO AZEVEDO e HAHNEMANN e no começo da década de 60, com o anteprojeto dos civilistas ORLANDO GOMES e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA), abrangendo obrigações e contratos do Direito Civil e Comercial, representou importante inovação do novo Código Civil, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano e atendendo às aspirações dos meios jurídicos. Efetivamente, nas suas diretrizes constantes no plano previamente aprovado pelo ministério da Justiça, em relação à elaboração do Código Civil, já foi determinado que se adotasse entre outros princípios o seguinte: compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965”.

Destarte, pelo que se pode constatar, não obstante as inovações do CC2002 quanto à unificação legislativa do Direito Privado, estas não

¹⁸⁷ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, p. 33-33.

interferem na autonomia, nem mesmo nas características básicas de estudo dos ramos do Direito que dentro deste sistema se subdividem. Mantém-se, assim, no Direito Civil a característica de Direito Comum a ser utilizada pelas demais sub-espécies, o Direito Comercial, o Direito Empresarial, e estes as suas especificidades que justificam seu estudo de forma autônoma.

3.6. PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL

Se por princípio se entender como “o começo de algo, o início a origem, a causa, o momento em que algo tem origem¹⁸⁸”, podemos, por conseguinte, vincular como principal princípio do Direito Empresarial a sua origem na chamada Teoria da Empresa. Essa teoria, por sua vez enucleia a empresa como a principal agenciadora da atividade econômica, colocando em circulação de bens ou de serviços, de forma organizada e profissional.

No entanto, para o Direito, como já tivemos oportunidade de destacar, os princípios tomam características fundamentais de suas normas, ou seja, se constituirão na base que irá informar e orientar as normas jurídicas e que também, irão distinguir os campos de atuação de cada norma.

Adotando-se assim, a tônica desta pesquisa que identifica que as regras jurídicas relacionadas ao Direito Empresarial encontrarem-se em distintos ramos do Direito, inicialmente, poderá se imaginar que os princípios que definem cada um desses ramos do Direito como sistemas jurídicos próprios, serão os mesmos que deverão ser adotados quando ditos ramos do Direito tiverem que ser acionados para solução dos conflitos ou interesses vinculados à empresa. Nesse caso, temos o exemplo do Direito Tributário, porque nele os interesses estão vinculados aos encargos fiscais; do Direito Previdenciário, porque nesse ramo do Direito os interesses estão vinculados aos encargos sociais; bem como o exemplo do Direito Trabalhista, tendo em vista que nele os interesses são vinculados à relação de emprego, etc.

¹⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto, *op cite*, p. 28.

Poderia, por outro lado, argumentar-se também que tendo em vista que os interesses da empresa a serem tutelados estão ligados, principalmente, ao ramo do Direito Privado. Assim, poderiam, então, ser identificados os princípios gerais que regem a esta divisão sistêmica do Direito, para se adotar, primordialmente, nas ocasiões em que estiverem em jogo os interesses e necessidades da empresa.

Sobre os princípios gerais que regem o Direito Público e o Direito Privado, ensina COELHO¹⁸⁹:

“Um dos princípios fundamentais do Direito Público é o da supremacia do interesse público. Neste ramo do Direito, as leis e normas estabelecem desigualdades nas relações jurídicas, para que o interesse geral prepondere sobre o particular”.

Os princípios de Direito Privado são os da autonomia da vontade e o da igualdade”.

Desta forma, se houvesse a limitação do Direito Empresarial meramente à esfera privada de relações, poder-se-ia dizer que constituem princípios gerais aqueles adotados ao Direito Privado, como da autonomia da vontade e da igualdade, além daqueles garantidos constitucionalmente, como o da livre iniciativa empresarial (CRFB, artigo 1º, IV¹⁹⁰).

Ocorre que a visão do mundo contemporâneo, como ensina WALD¹⁹¹, considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo, asseverando: “não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo,

¹⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 9.

¹⁹⁰ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político. In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 3.

¹⁹¹ WALD, Arnoldo. **O empresário, a empresa e o Código Civil**, *op cite*, p 24.

asseguram a sobrevivência da empresa e a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã”.

Destarte, ensina CAVALLAZZI¹⁹², embora a livre iniciativa empresarial seja um dos princípios da ordem econômica constitucional (CRFB, artigo 1º, IV), esta liberdade encontra limitações no *caput* do artigo 170¹⁹³ da própria Constituição Federal, que estabeleceu como princípio global o dever de assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, destacando:

“Impõe-se, assim, a harmonização do princípio da livre iniciativa com as demais diretrizes constitucionais definidas pelo artigo 170 da Carta Magna, exaltando-se a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, além do tratamento favorecido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

Verifica-se, portanto, que para um Direito Empresarial que se predispõe a tutelar todos os interesses que norteiam o desenvolvimento da atividade econômica organizada, de forma profissional, impõe-se não somente aqueles princípios que decorrem da esfera de relações privadas, mas também outros que se impõem nas relações de Direito Público restringindo, por vezes, os interesses privados, ou a prevalência dos interesses dos detentores de capital, com intuito de harmonizar a série de interesses que norteiam a empresa.

Neste diapasão, relevante ressaltar as características pontuadas por WALD¹⁹⁴ à empresa contemporânea, mencionando:

¹⁹² CAVALLAZZI FILHO, Tulio. **Atualidades do novo direito empresarial**, p.184-185.

¹⁹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. In BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, p. 117.

¹⁹⁴ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, *op cite*, p. 29-30.

- a) A sua integração na economia internacional, em particular nos blocos regionais, mas também as relações comerciais com os países os mais longínquos;
- b) A substituição da empresa isolada pelo grupo empresarial, pelo conjunto de sociedades que se unem pelo controle ou pela coligação, sem prejuízo de alianças estratégicas de grupos, mediante *joint ventures* ou parcerias, que, muitas vezes, reúnem até, para fins específicos, os concorrentes, que se consorciam para melhor atender os interesses dos seus clientes ou alcançar as dimensões necessárias para a realização de grandes empreendimentos;
- c) A reformulação do controle das empresas, com a presença de mecanismos de conciliação dos conflitos entre majoritários e minoritários (como as ofertas públicas de compra e a arbitragem), e a maior proteção dada a estes últimos, com a sua representação nos conselhos fiscais e de administração, em virtude de determinações legais, acordos de acionistas ou disposições estatutárias;
- d) A presença cada vez maior de consultores, auditores e advogados, a fim de garantir não só a evolução formal da empresa, mas a sua melhor *performance*;
- e) Maior transparência nas decisões societárias;
- f) A terceirização crescente de certas atividades secundárias;
- g) No Brasil, uma tendência para substituir pelo controle partilhado o controle exercido tradicionalmente, até o fim do século XX, por um único acionista até chegarmos ao controle pulverizado, se possível;

- h) A substituição do comando autoritário pelo que se denominou a lógica da responsabilidade difusa, baseada na delegação e no consenso. Enquanto no passado um pequeno número de pessoas sabia, pensava e decidia e a maioria se limitava a executar as ordens, está havendo agora uma inversão dessas proporções, com maior autonomia e responsabilidade de todos, desenvolvendo-se competências próprias e estabelecendo-se uma verdadeira cultura empresarial, ou seja, uma escala de valores comum para todos os integrantes das equipes;
- i) A atribuição de direitos mais importantes aos acionistas preferenciais, que decorre das recentes normas do direito societário.

Por estas e outras razões, conclui WALD¹⁹⁵, a empresa não mais se rege exclusivamente pelo Direito Societário e pelo Direito do Trabalho, “mas está a merecer um Direito próprio, o Direito Empresarial, com elementos dos anteriormente citados, sedimentados no Código Civil, mas, ainda, abrangendo o Direito da Concorrência, o Direito do Mercado de Capitais, o Direito da Engenharia financeira e até o Direito da Parceria”.

Eis aí, não só a identificação de princípios como também de características próprias do Direito Empresarial, também resta demonstrada a necessidade de se estudar a empresa além dos limites impostos ao Direito Comercial, num campo mais amplo e convergente de todas as normas e princípios que a regem, o Direito Empresarial.

Desta forma, consideramos os pontos estudados no presente capítulo que inicialmente identifica para o Direito Empresarial, nas questões históricas, uma origem mais ampla para aplicação de suas normas do que para o Direito Comercial, em assim sendo, pôde-se propor desta análise um

¹⁹⁵ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, op cite, p. 30.

conceito que reúne as normas que convergem para tutelar os interesses de todos os tipos de empresa.

Outrossim, foi constatado que para o Direito Empresarial há interesses mais amplos a serem tutelados do que para o Direito Comercial, bem como também se verificou ser possível apresentar uma natureza jurídica para as normas que se propõem a tutelar estes interesses. Acrescenta-se a estas constatações a relação do Direito Empresarial com demais ramos do Direito, sua posição legislativa e seus princípios gerais que faz com que seja possível passarmos para a etapa conclusiva da presente pesquisa que se volta a análise do limite e as possibilidades do diálogo das fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, o que será feito no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL

Identificados, ainda que de forma sumária, os ramos do Direito que esta pesquisa analisa, o presente capítulo volta-se, então, ao estudo dos limites e possibilidades do diálogo das fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial. Como se demonstrou nos capítulos anteriores, existe uma íntima relação entre estes dois campos jurídicos, no entanto, resta ainda identificar até onde vai esta relação e de que forma ela deve ser encarada no Direito moderno. É, portanto, o que se estuda na fase ulterior desta pesquisa, a partir da abordagem do diálogo das fontes jurídicas.

4.1 O DIÁLOGO DAS FONTES

Versando as normas jurídicas sobre temas convergentes, surge a questão dos tipos de conflitos que podem surgir entre elas e, por sua vez, a forma com que vai se tratar com estes conflitos tendo em vista a preocupação quanto a melhor aplicação destas normas dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

As normas jurídicas, leciona MONTORO¹⁹⁶, tem seu campo de aplicação limitado a quatro áreas específicas:

- a) Em relação ao “tempo”: a lei ou a norma, como todo fenômeno histórico, tem seu tempo. Entra em vigor na data estabelecida e vigora até o termo nela fixado ou até que outra a revogue;

¹⁹⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. p. 388-389.

- b) Em relação ao “espaço” ou “território”: aplicação da norma a território nacional, estadual ou municipal, como por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição Estadual e a Lei Orgânica Municipal;
- c) Em relação à “matéria”: campo de aplicação limitado a relações jurídicas ou a matéria que pretende tutelar, como por exemplo, o Código Penal, o Código Tributário, a Consolidação das Leis do Trabalho etc;
- d) Em relação às “pessoas”: sob esse aspecto, há “normas gerais”, que se aplicam a todas as pessoas indistintamente, como em regra as normas de Direito Civil ou Penal; há “normas especiais”, que se aplicam a determinadas categorias de pessoas como menores, funcionários públicos, bancários, ferroviários, estrangeiros naturalizados etc; e finalmente “normas individuais” ou individualizadas, como as contratuais, testamentárias, as sentenças, despachos e outras que se aplicam a pessoas individualmente determinadas.

Relacionados a estes campos de aplicação das normas, encontram-se também os seus principais conflitos, como por exemplo: quanto às leis no tempo, onde se coloca, em discussão, o problema de saber se é a nova norma ou a antiga que se deve aplicar a certas relações jurídicas anteriores; quanto às leis no espaço que coloca em discussão a questão territorial interna, como também, assim como ensina MONTORO¹⁹⁷, “o fenômeno moderno da multiplicação de relações jurídicas em que figuram pessoas, bens ou atos regidos por legislações de países diferentes, dentro da comunidade internacional, colocando, com freqüência, o problema de se determinar qual a lei aplicável em cada caso”; quanto à matéria, onde o principal conflito trata-se da identificação de qual norma aplicar quando existe mais de uma norma tratando sobre um mesmo

¹⁹⁷ MONTORO, André Franco, *op cite*, p. 389.

campo de aplicação; e, por último, quanto às pessoas que trata sobre os conflitos que podem existir quando a regra geral também alcança situações especiais e individuais a serem tuteladas ou vice e versa.

Além das situações apontadas acima, há também a questão dos conflitos de princípios. Neste campo, podem ser identificados conflitos originados por aqueles inerentes ao Direito Pátrio e aos de Direito Internacional, bem como os existentes entre os princípios adotados no próprio ordenamento jurídico nacional. Quanto aos primeiros, conflitos de princípios de Direito Comparado com princípios inerentes ao Direito Pátrio, REALE¹⁹⁸ leciona:

“Não resta dúvida que, por mais que seja desejável a universalização do Direito, enquanto houver discrepância entre os nossos princípios jurídicos e os alienígenas, não poderá o jurista brasileiro, enquanto jurista, contrariar pressupostos do ordenamento nacional. No Direito Internacional Privado, por exemplo, o princípio de ordem pública exclui a aplicação de normas e princípios estrangeiros que conflitem com nossos usos e costumes, ou com a nossa estrutura social e política”.

Já quanto à aparente contradição entre princípios adotados pelo ordenamento jurídico pátrio, o que não se pode olvidar, na lição de BOBBIO¹⁹⁹ é que os princípios são normas como todas as outras. Por esta razão tem-se adotado a sua permanência conjunta, ora prevalecendo um, ora outro, dependendo o tipo de interesse que está sendo tutelado.

Ocorre que, havendo conflitos entre as normas jurídicas, a solução tradicional tem preferido adotar, assim como ensina MARQUES²⁰⁰, que os mesmos sejam resolvidos pela revogação²⁰¹ de uma norma por outra, em suas respectivas modalidades, ab-rogação e derrogação, por conseguinte eliminando o

¹⁹⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, p. 319.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 158.

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas, p. 72.

²⁰¹ Segundo MONTORO, André Franco, *op cite*, p. 391, revogar é tornar sem efeito uma lei ou qualquer outra norma jurídica. Revogam-se leis, regulamentos, portarias, cláusulas contratuais, testamentárias etc. a revogação pode ser “total”; denomina-se, então, ab-rogação, e consiste em tornar sem efeito toda a lei. Ou pode ser “parcial”; denomina-se propriamente “derrogação”, e consiste em tornar sem efeito uma parte da lei ou norma.

problema da aplicação através da expurgação total ou parcial de uma das normas conflitantes do ordenamento jurídico.

A regra para a revogação no Direito pátrio é definida pela Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, que em seu artigo segundo disciplina o seguinte:

“Artigo 2.º Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3.º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido à vigência²⁰².”

Extrai-se, ainda, da lição de MARQUES²⁰³, que a solução tradicional, no entanto, tem se demonstrado insuficiente para o Direito moderno que tem buscado uma harmoniosa coordenação entre as normas de um mesmo ordenamento jurídico, concebido como um sistema. É aí, portanto, que surge a proposta de JAYME²⁰⁴, da convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes, através do que denomina como diálogo ou comunicação das fontes, assim lecionando sobre o assunto:

“Uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível à “comunicar” a solução justa), à

²⁰² BRASIL, Código civil; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal, *op cite*, p. 245.

²⁰³ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 72.

²⁰⁴ JAYME, Erik *apud* MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 74.

convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas”.

O diálogo entre as fontes surge, então, como uma tentativa de mudar a prática existente em dar uma solução “simples”, através da revogação, ao problema dos conflitos entre as regras ou normas jurídicas em um mesmo ordenamento jurídico que apesar de convergentes, principalmente por tratarem de uma mesma matéria ou conteúdo, acabam por divergirem entre si, para propor a coordenação entre essas regras ou normas jurídicas, como exigência para a existência de um sistema jurídico mais eficiente e justo.

O diálogo das fontes vem assim permitir, na lição de MARQUES²⁰⁵,

“(...) a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementariamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.

Destarte, a proposta do diálogo, como se vê, não trata da mera exclusão de uma norma do ordenamento jurídico quando exista aparentemente incompatibilidade com outra ou porque a lei nova deva revogar a anterior, para assim resolver o aparente conflito. Propõe, por sua vez, a permanência de ambas no ordenamento jurídico e a sua compatibilização através do chamado diálogo das fontes, ou seja, a influência recíproca das normas e sua aplicação em conjunto, harmonizando-se os pontos controversos, construindo, assim, um sistema plural.

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 74-75.

JAYME²⁰⁶ alerta ainda que os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser igual aos outros, não mais permitem este tipo de clareza, referindo-se a solução tradicional ou mono-solução, asseverando:

“A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação, há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, em um mesmo sistema jurídico, como parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluído, mutável e complexo. Não deixa de ser um paradoxo que o “sistema”, o todo construído, seja agora plural...”

A proposta do diálogo, portanto, como se vê, não busca a superação ou a exclusão da solução de conflitos da forma tradicionalmente adotada, até mesmo porque haverá situações reais de revogação de normas, conforme a regra mencionada acima, estabelecida pelo ordenamento jurídico. Essa nova proposta apresenta a possibilidade de uma convivência harmônica entre ambas às propostas, permitindo assim, que os conflitos aparentemente existentes sejam resolvidos mediante o diálogo das fontes, seja como forma de complemento ou de adoção subsidiária.

Nas palavras de MARQUES²⁰⁷, ao discorrer, por exemplo, acerca da relação do CC2002 com o Código de Defesa do Consumidor, já existente à época da edição daquele, possibilita “uma solução mais flexível e aberta de interpretação ou mesmo uma solução mais favorável aos mais fracos da relação, ou seja, um tratamento diferente aos diferentes”.

²⁰⁶ JAYME, Erik *apud* MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 73.

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 75.

4.2 DIÁLOGO ENTRE O DIREITO COMERCIAL E O DIREITO EMPRESARIAL

Compreendida a proposta do diálogo das fontes, podemos, então, direcionar nossa atenção para a análise dos limites e possibilidades do diálogo entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial.

Os primeiros questionamentos que se insurgem nesta análise são do tipo: as normas jurídicas atribuídas ao Direito Empresarial e ao Direito Comercial são convergentes? Existem conflitos a serem solucionados entre as normas jurídicas atribuídas ao Direito Empresarial e ao Direito Comercial? Havendo conflitos que tipos de critérios poderão ser adotados para harmonização destes conflitos de forma mais justa e eficiente? Procurar responder a tais indagações é o objeto da pesquisa, tema a ser tratado nesse capítulo final.

Os capítulos anteriores nos apontam uma solução para o primeiro questionamento – se as normas jurídicas atribuídas ao Direito Empresarial e ao Direito Comercial são convergentes – como visto, a pesquisa demonstrou que o Direito Comercial, na lição de BULGARELLI²⁰⁸, pode ser entendido como a disciplina que enucleia o Direito Empresarial. Nas palavras deste autor “esta disciplina legal, se constitui o centro, o cerne, o ponto nodal da empresarialidade”, não se podendo conceber um Direito Empresarial sem o chamado Direito Comercial, sendo deste, por sua vez, as características históricas e o núcleo germinal da atividade empresarial que hoje permite a existência de um Direito considerado como da Empresa.

Existe, portanto, uma íntima relação entre as normas jurídicas que podem ser atribuídas tanto a um como a outro, regras estas que se predispõem a tutelar uma mesma matéria, ou seja, interesses e necessidades da empresa.

²⁰⁸ BULGARELLI, Waldírio, **Tratado de Direito Empresarial**, *op cite*, p. 49.

Não obstante, como também ficou demonstrado pela pesquisa nos capítulos anteriores, o Direito Empresarial não se limita somente ao Direito Comercial, que atualmente pode ser entendido quiçá como um microsistema daquele, mas encontra-se espalhado ou disperso em diversos outros ramos do Direito, onde estão presentes várias normas e regras jurídicas que tutelam interesses e necessidades da atividade empresarial.

Destarte, podemos dizer que todo o Direito Comercial está no Direito Empresarial, porém, nem todo Direito Empresarial está no Direito Comercial.

Esta convergência das regras jurídicas atribuídas ao Direito Empresarial, advindas de uma série de ramos do Direito, para com as regras jurídicas atribuídas ao Direito Comercial, está disciplinada hoje, principalmente, pelo CC2002. Nesse contexto, a convergência se dá em torno, mormente, da tutela dos interesses e necessidades do desenvolvimento da atividade econômica de forma organizada, profissionalmente, e para a produção e circulação de bens e serviços para o mercado, ou seja, da empresa.

Esta conclusão, no entanto, poderia levar a uma falsa concepção de que para estas regras não haveriam conflitos a serem solucionados. Ocorre, no entanto, que não obstante a empresa ser o ponto de convergência de todas estas regras e normas jurídicas que justificam, por sua vez, o estudo do Direito Empresarial como um determinado campo ou sistema jurídico, é nela também que, em decorrência do exercício destas atividades econômicas, aparecem vários tipos de conflitos que devem ser conciliados, como melhor identifica WALD²⁰⁹:

“É, pois, na empresa que se devem conciliar, hoje, os interesses aparentemente conflitantes, mas materialmente convergentes, de investidores, administradores, empregados e consumidores, que constituem os grandes setores da vida nacional. E, aliás, o constituinte definiu os princípios básicos para que a convivência adequada dos vários grupos sociais possa realizar-se, no

²⁰⁹ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, *op cite*, p. 25.

interesse comum, tanto no presente como em relação ao futuro, em todos os seus aspectos, tanto econômicos, como sociais, que, aliás, se interpenetram uns com os outros”.

Verifica-se, desta forma, que na empresa convergem vários tipos de interesses que são aparentemente conflitantes, já que são atribuídos a classes distintas como:

- a) Aos investidores e administradores, com interesses ligados geralmente ao aumento dos lucros e a participação no mercado;
- b) Aos empregados, com interesses ligados geralmente com a melhoria dos salários e condições de trabalho, e;
- c) Aos consumidores dos produtos e serviços colocados no mercado pela empresa, com interesses geralmente vinculados a melhores preços e qualidade dos serviços e produtos.

Os vários tipos de interesses e necessidades a serem tutelados na empresa, também encontram defesa na lição de GUIDINI²¹⁰ que destaca:

“A empresa é um organismo produtivo de fundamental importância social e, portanto, deve ser salvaguardado e defendido enquanto: 1. constitui o instrumento de produção de riqueza (efetivo); 2. constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza; 3. constitui um centro de propulsão de progresso e também cultural da sociedade. Em consequência implica em vários interesses: 1. dos trabalhadores dependentes; 2. dos clientes-consumidores (adquirentes dos produtos, usuários dos serviços etc); 3. dos fornecedores e, em geral, do mercado de crédito; 4. de outros empresários concorrentes”.

²¹⁰ GHIDINI *apud* BULGARELLI. **Tratado de Direito Empresarial**, *op cite*, p. 42-43.

A empresa coloca-se, portanto, como elemento central da economia moderna, caracterizada, na lição de WALD²¹¹, por suas várias facetas: “de entidade econômica, por ser centro de produção ou de circulação de bens; de entidade social, por desenvolver parceria entre capital e trabalho e, por fim, de entidade jurídica, por constituir um complexo de direitos e de obrigações”.

Destarte, quanto ao segundo questionamento – se existem interesses conflitantes a serem solucionados – verifica-se que malgrado as normas jurídicas entendidas como de Direito Empresarial quanto, dentro deste, as normas jurídicas relativas ao Direito Comercial, serem convergentes quanto à tutela dos interesses e necessidades das empresas, existem interesses que aparentemente se contradizem no dia-a-dia do desenvolvimento das atividades da empresa, sendo, então, necessário adotar-se um determinado critério para solução desses conflitos já que, sendo a empresa o núcleo central da produção e da criação da riqueza, devem nela se beneficiar tanto o empresário quanto os empregados e a própria sociedade de consumo.

Neste diapasão não se pode olvidar a lição de WALD²¹², que destaca: “não há mais dúvida que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a sobrevivência da empresa e a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã”.

Mas, como conciliar estes vários conflitos de interesses que, pelo que parece, serão tutelados pelo Direito Empresarial de forma distinta a partir da evocação de princípios diferentes existentes nos mais diversos ramos do Direito que serão acionados quando houver interesses da empresa a serem solucionados? Ainda, como deverá se portar o aplicador frente à pluralidade de normas jurídicas que se predispõe a tutelar uma mesma matéria, sobre a qual convergem os mesmos interesses da empresa?

Eis aí, portanto, a necessidade de voltarmos as soluções apresentadas no primeiro item deste último capítulo que também nos levarão a

²¹¹ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, *op cite*, p. 23.

²¹² *Idem*, p. 24.

uma resposta para o questionamento dos tipos de critérios que poderão ser adotados para uma solução mais justa e eficiente destes conflitos.

Inicialmente apresenta-se como possível solução para o problema a utilização do sistema tradicional ou clássico. O estudo do sistema tradicional revelou que a adoção deste critério, que utiliza como norma básica o disposto no artigo segundo da Lei de Introdução ao Código Civil, transcrito acima, leva a expurgação de uma norma jurídica por outra no mesmo ordenamento jurídico quando: a) a norma expressamente a declare; b) quando seja com ela incompatível; ou c) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Desta forma, a análise do sistema tradicional demonstra que esta proposta de solução para os conflitos entre as normas não admite a aplicação simultânea de normas consideradas incompatíveis entre si, determinando que uma só delas deve reger o caso a ser julgado.

Para a solução daquilo que denomina como as antinomias legais – a incompatibilidade entre duas normas pertencentes a um mesmo ordenamento jurídico – dentro do sistema tradicional, BOBBIO²¹³ ensina que o aplicador do Direito terá três caminhos ou critérios a serem seguidos: a) critério cronológico – inaplicabilidade da norma anterior incompatível com a nova; b) critério hierárquico – ineficácia da norma hierarquicamente inferior ou subordinada; e, c) critério da especialidade – que faz depender da matéria regulada a prevalência de uma das normas.

Tais critérios, comenta GUSMÃO²¹⁴, podem solucionar os conflitos em questão, adotando-se o primeiro quando a norma tiver a mesma natureza e valor; o segundo quando ocorrer incompatibilidade entre normas de naturezas diferentes, sendo aplicável, apesar de mais antiga, a norma superior.

Assim, por exemplo, a lei que dispuser de forma incompatível com a Constituição, mesmo que posterior a ela, será considerada

²¹³ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 92.

²¹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de, *op cite*, p. 218.

inconstitucional, por prevalecer à norma constitucional; igualmente quando houver algum tipo de regulamento que seja posterior à lei e for incompatível com ela, não terá valor na medida da incompatibilidade. GUSMÃO²¹⁵ assevera ainda que no caso de normas do mesmo valor, que tiverem naturezas diferentes, inexistente critério geral para solucionar a antinomia, dependendo do exame que se faça de cada caso. Assim, exemplificando:

“(…) lei especial posterior incompatível com lei geral anterior tem plena eficácia, porque *speciali generalibus derogant*. Já no caso de norma geral nova incompatível com norma da mesma natureza, a mais nova prevalece sobre a antiga. Lei geral posterior não atinge lei especial anterior por disciplinarem matérias diferentes: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*”.

Há, no entanto, antinomias insolúveis, como ensina o próprio BOBBIO²¹⁶ ao mencionar: “há antinomias insolúveis ao lado de antinomias solúveis, e que as razões pelas quais existem antinomias insolúveis são duas: a inaplicabilidade dos critérios ou a aplicabilidade de dois ou mais critérios conflitantes”.

Quanto à inaplicabilidade dos critérios, BOBBIO²¹⁷ ensina que:

“(…) pode ocorrer antinomia entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível; 3) ambas gerais. Entende-se que, nesse caso, os três critérios não ajudam mais. E o caso é mais freqüente do que se possa imaginar. Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontrem no mesmo código. Se num código há antinomias do tipo *total-total* e *parcial-parcial* (com exclusão do tipo *total-parcial*, que cai sob o critério da especialidade), tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios; não com o cronológico, porque as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o hierárquico, porque são todas leis ordinárias; não com o

²¹⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de, *op cite*, p. 218.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 105.

²¹⁷ *Idem*, p. 97-98.

critério da especialidade, porque este resolve somente o caso de antinomia total-parcial”.

Ainda quanto à aplicabilidade de dois ou mais critérios havendo conflito entre eles, BOBBIO²¹⁸ explica que “pode acontecer que duas normas incompatíveis mantenham entre si uma relação em que se podem aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou três critérios”.

O mesmo autor conclui que para estes problemas ligados ao que chama de antinomias insolúveis, não existe uma regra geral consolidada para a questão, a solução dependerá, tanto no caso da falta dos critérios quanto no do conflito desses critérios, do intérprete o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. Apesar disso, ressalva BOBBIO²¹⁹:

“(…) Tecnicamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional (…).”

Destarte, como visto, a solução tradicional, pautada em um dos critérios para solução das antinomias apontados por BOBBIO, levará o aplicador do Direito a aceitar uma norma e rejeitar a outra para solução dos conflitos. Será, afinal, a solução mais simples, pois o intérprete optará pela eliminação das normas incompatíveis, a partir da revogação da norma em conflito do sistema jurídico.

Nem por isso, se mostra suficiente ou, na expressão de BOBBIO, solúvel para resolver todos os tipos de conflitos que podem existir, tendo o aplicador por vezes que adotar uma medida de coerência segundo as

²¹⁸ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 105.

²¹⁹ *Idem*, p. 109.

circunstâncias do próprio caso, para aquelas ocasiões em que as antinomias se mostram insolúveis.

Daí decorre a necessidade de existir uma segunda proposta ao lado da tradicional para a solução dos conflitos de normas existentes num mesmo ordenamento jurídico, em que o aplicador do Direito possa encontrar parâmetro que leva em consideração a pluralidade legislativa presente nos ordenamentos modernos e daí decorrente os diversos tipos de conflitos existentes entre normas convergentes.

Como possível resposta para esta necessidade surge, então, a proposta de JAYME²²⁰, a qual denomina de “diálogo das fontes” e que se configura numa coordenação das fontes em conflito dentro de um mesmo sistema jurídico, de modo flexível e útil, de modo a restabelecer a sua coerência. Nas palavras do autor, parte-se “da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível à “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas”.

O “diálogo das fontes”, portanto, propõe uma mudança do paradigma a ser adotado na solução das antinomias, não excluindo a solução tradicional, caso em que se estaria adotando a própria solução tradicional para resolver agora o problema de qual modelo o aplicador deveria adotar, mas mantendo a solução tradicional ao lado da nova. Permite assim, uma aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Destarte, nos parece ser essa a melhor resposta para solução dos problemas identificados em decorrência da convergência das normas do Direito Empresarial e do Direito Comercial, porque se predispõe a tutelar uma série de interesses aparentemente conflitantes, tendo como cerne de sua matéria à empresa. Não se sustenta, portanto, a proposta tradicional, porque nela os

²²⁰ JAYME, Erik *apud* MARQUES, Cláudia Lima Marques, *op cite*, p. 74.

conflitos se resolvem pela adoção de uma norma com a rejeição de outra no mesmo ordenamento jurídico. Optamos, dessa forma, pela proposta apresentada por JAYME²²¹ que é fundada na coordenação de tais regras jurídicas no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico mais eficiente e justo.

A nova proposta para solução dos conflitos de normas convergentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, se coaduna, na visão de MARQUES²²², com o nosso direito contemporâneo, assim lecionando:

“(…) A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que em um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” e a “não-coerência””.

Desta forma, o diálogo das fontes parece não só corresponder com os anseios do hodierno aplicador do Direito, frente ao sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo, quanto também corresponde com a atual fase do Direito Empresarial que se volta a tutelar os vários interesses centrados no exercício da atividade empresarial.

Pretende-se, assim, buscar encontrar fórmulas jurídicas para o fortalecimento não só da empresa atual, mas também futura, como destaca a lição de WALD²²³:

“A nova estrutura da empresa faz com que o jurista que analisa o Direito Empresarial, no início do novo milênio, esteja tão longe do causídico dos anos de 1900 quanto o médico, cuja profissão também evoluiu consideravelmente, no mesmo período, em virtude da imprevisível importância que passaram a ter os

²²¹ JAYME, Erik *apud* MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 72.

²²² MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 72.

²²³ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, *op cite*, p. 31.

equipamentos médicos e os remédios que surgiram a partir dos antibióticos, chegando a mudar a esperança de vida do homem. Do mesmo modo, ao operador do Direito cabe encontrar as fórmulas jurídicas adequadas para assegurar o fortalecimento da empresa, a sua integração na economia interna e internacional e ter uma visão do seu papel no futuro, não só no curto, mas também no médio e ao longo prazos”.

Identificado, pelo que ficou constatado, o melhor padrão a ser seguido para solução dos possíveis conflitos entre as normas convergentes do Direito da Empresa e do Direito Comercial, resta, portanto, somente definir quais serão os limites e as possibilidades deste diálogo.

Se por limite²²⁴ entendermos a “linha ou o ponto divisório entre determinada extensão superficial ou terreno e o espaço superficial ou terreno adjacente; linha de demarcação”, então, teremos que buscar definir a linha ou ponto divisório a que se estendem as normas de Direito Comercial sobre as normas de Direito Empresarial. A questão óbvia que parece decorrer desta indagação é: existe um limite, uma linha demarcatória entre estes campos do Direito, já que ambos se predispõem, hodiernamente, a tutelar os interesses e necessidades da empresa?

Para encontrarmos uma resposta a este questionamento, de forma que possamos identificar tanto a área de abrangência quanto os limites a para aplicação das normas jurídicas consideradas como de Direito Comercial, teremos que nos voltar à análise legislativa.

Vimos que com a unificação legislativa do Direito Privado, operada no Brasil pelo CC2002 que em seu artigo 2045 revogou expressamente a Primeira Parte do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850, o atual Código Civil, passou a regular tanto a matéria pertinente ao Direito Civil, bem como a de Direito Comercial.

²²⁴ MICHAELIS, *op cite*, p. 1256.

Este último, também como visto alhures, rege agora não só as atividades enquadradas especificamente como comerciais (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as atividades industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços e outras, posição esta defendida por COELHO²²⁵, em razão da consolidação da adoção da Teoria da Empresa no ordenamento jurídico brasileiro pelo CC2002.

Assim, a partir do CC2002 o Direito Comercial não é mais o Direito de uma classe específica, a dos comerciantes, nem aquele dos atos específicos do comércio, mas aquele que se predispõe a tutelar o exercício profissional da atividade econômica organizada, reconhecendo, por sua vez, um aumento na área de aplicação das normas de Direito Comercial, estendendo-as para além das atividades meramente comerciais, para atividades industriais, bancárias, securitárias e de prestação de serviços e outras.

Não obstante, esta aplicação possui limites. O próprio CC2002 se predispôs a limitar a aplicação daquilo que denomina como “Do Direito da Empresa”, regras estas aqui identificadas como pertencentes especificamente ao hodierno Direito Comercial, ao exercício das atividades econômicas que considera “própria do empresário”, como se pode observar nos textos dos artigos 966, mais uma vez reproduzido para facilitar o entendimento, e 982 do CC2002, *verbis*:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967), e, simples, as demais.

²²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *op cite*, p. 27.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações, e, simples, a cooperativa”.²²⁶.

Mas o que poderá ser enquadrado como “atividade própria de empresário”? A expressão atividade própria de empresário, leciona CAVALLI²²⁷, deve ser entendida com base na parte final do *caput* do artigo 966 do CC2002, será composta por um conjunto de atos organizados e voltados à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Assim, o objeto das empresas individuais quanto das sociedades empresárias deverá ser, necessariamente, a produção ou circulação de bens ou serviços. Daí a dificuldade em identificar fins próprios de empresário residir precisamente no fato, ainda na lição de CAVALLI²²⁸, de que quase toda a atividade econômica tem por objetivo a produção ou circulação de bens ou serviços. Essa dificuldade ocorre, por exemplo, com os profissionais liberais, os quais desenvolvem, na maioria das vezes, atividade voltada a prestação de serviços, mas não são caracterizados empresários pelo ordenamento.

Destarte, ressalta CAVALLI²²⁹ que esta dificuldade se encontra na noção econômica da empresa que excede, em muito, a noção jurídica de empresa, tendo em vista que certas atividades econômicas organizadas não são consideradas empresa pelo Direito. Para este autor, o conceito econômico de empresa se desdobra nos conceitos jurídicos de empresário (sujeito), atividade (fato), e estabelecimento (coisa), asseverando CAVALLI²³⁰:

“(…) o empresário é o agente (pessoa, portanto) que exerce atividade por meio da organização dos fatores de produção. A atividade é o conjunto de atos praticados pelo empresário para a consecução de um fim determinado. (...) a atividade e o fim não consistem em qualquer espécie, mas em atividades próprias de

²²⁶ BRASIL. **Código civil; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal**, *op cite*, p. 351.

²²⁷ CAVALLI, Cássio Machado, *op cite*, p. 60.

²²⁸ *Idem*, p. 60.

²²⁹ *Idem*, p. 53.

²³⁰ *Idem*, p. 57.

empresário cons fins próprios de empresário. E o estabelecimento é o conjunto de bens organizado e utilizado pelo empresário para atingir um fim por meio do exercício da atividade; ou seja, não é o estabelecimento composto por todos os bens que integram o patrimônio do empresário, mas somente por aqueles bens organizados e utilizados para o exercício de uma atividade orientada para um fim”.

Desta forma, o CC2002, apesar de ter ampliado em certo aspecto a aplicação das regras do Direito Comercial a outras atividades econômicas não limitadas apenas ao comércio, também se predispõe a limitar a aplicação destas regras àquelas atividades econômicas consideradas “próprias do empresário”.

Assim, a análise legislativa de CAVALLI²³¹ propõe dois tipos de critérios para dar uma solução a que tipo de atividade econômica poderá se enquadrar como atividade própria do empresário, são eles: a) por determinação legal, como é o caso das sociedades anônimas (parágrafo único do artigo 982); ou por b) sujeição voluntária, mediante a inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, como é o caso do empresário rural (artigos 971 e 984).

Observa-se, outrossim, que a identificação destes limites pelo CC2002 com relação àquelas atividades econômicas que serão enquadradas como próprias do empresário, que a Lei não deixa de reconhecer, por sua vez, a existência de outros tipos de empresários e empresas, advindas do exercício de outras atividades econômicas que não são consideradas próprias do empresário.

Isso ocorre com as atividades rurais (empresário rural, artigos 971 e 984 do CC2002), com as atividades de caráter intelectual (gênero), que pode ser de natureza científica, literária ou artística (espécies), bem como no exercício destas atividades através da sociedade simples (artigos 982 e 977 a 1038 do CC2002), ainda no exercício de qualquer tipo de atividade/objeto conquanto que seja pelas cooperativas (parágrafo único do artigo 982 do CC2002, e Lei n° 5.764, de 16 de dezembro de 1971), dentre outras, como as

²³¹ CAVALLI, Cássio Machado, *op cite*, p. 65.

empresas públicas e as sociedades de economia mista (artigos 173 da CRFB e artigos 235 a 242 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Há, portanto, empresas individuais, sociedades empresárias e sociedades não-empresárias, ressaltando-se que estas últimas podem ainda se revestir da forma societária prescrita às sociedades empresárias (artigo 983 CC2002²³²), todas visando lucro e à sua partilha por meio do exercício de uma atividade econômica (artigo 981 CC2002²³³), podendo, ainda, as públicas comprometerem seus rendimentos.

Por esta razão, é que o Direito Empresarial não pode estar restrito ao Direito Comercial, pois seu campo de atuação se estende a regular o exercício da atividade econômica de forma organizada em todas as áreas, e não somente àquela considerada como sendo exclusiva do empresário.

Assim sendo, o limite dado pelo CC2002 às regras de Direito Comercial, não se estende às regras pertinentes ao Direito Empresarial, vez que este se constitui no campo jurídico que se predispõe a tutelar todos os tipos de empresas, sejam elas empresariais ou não, como uma resposta a esta enorme gama de interesses e necessidades que não podem deixar de ser tutelados pelo Direito.

CAVALLI²³⁴ ensina, então, que o estatuto do empresário consiste no regramento desta atividade, no que respeita à sua caracterização e regramento e, em certas hipóteses, faz parte também na disciplina dos atos individuais que compõem a atividade, como a presunção de boa-fé dos atos ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, e industrial.

²³² Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 353.

²³³ Art. 981. Celebram contrato de sociedade às pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 353.

²³⁴ CAVALLI, Cássio Machado, *op cite*, p. 58.

Mas o questionamento que decorre da logicidade desta constatação é se estes limites impostos às regras de Direito Comercial poderão criar algum tipo de impedimento para o diálogo entre as normas atribuídas ao Direito Empresarial e as normas de Direito Comercial?

Creemos que não, vez que ambos, como visto, se predispõem a tutelar o desenvolvimento da atividade econômica organizada; um limitado àquela que for considerada própria do empresário, outro com campo de aplicação mais amplo, abrangendo o exercício de toda atividade econômica de forma organizada.

A tendência será, portanto, de uma relação de complementaridade. Quando um não tratar de determinado assunto, valer-se-á do outro para poder tutelar adequadamente os interesses *sub judice* e vice-versa. E quando houver regramento aparentemente contraditório, aí aparecerá, então, para solucionar os conflitos a proposta de JAYME, qual seja, do diálogo das fontes, para manter ambas as normas no ordenamento jurídico. Dessa forma, uma não elimina a outra, mas se encontra em ambas uma certa harmonia, dentro de um sistema plural, na busca do Direito em dar uma resposta mais justa e eficiente aos conflitos hodiernos.

Mister se faz, assim, mais uma vez destacar quanto à dita complementaridade que o Direito Comercial não deixa de fazer parte do Direito Empresarial, porque pode ser entendido como um sistema ou microsistema deste. Assim, o Direito Comercial torna-se a disciplina que enucleia o Direito Empresarial vez que estabelece as principais raízes para que o Direito Empresarial possa regular, dentro de vários outros campos do Direito, os vários tipos de interesses e necessidades decorrentes do exercício de qualquer atividade econômica de forma organizada.

Destarte, parece que não há limites para o diálogo entre as normas de Direito de Comercial e as normas de Direito Empresarial, senão aqueles impostos pela própria natureza de suas normas, ou seja, de regular a atividade empresarial, aquelas que representem atividade exclusiva do empresário, de acordo com artigo 966 do CC2002, e, além dessas, são incluídas

as demais atividades econômicas exercidas de forma organizada e profissionalmente e que representam o elemento de empresa em seu sentido mais amplo.

E quanto à possibilidade deste diálogo? Será que existe alguma barreira que impeça esta relação de complementaridade ou, como ensina MARQUES²³⁵, que não permita essa aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes?

Pois bem, pela pesquisa desenvolvida, nos parece que o único impedimento que pode existir para a efetivação deste diálogo entre as normas plúrimas e convergentes do Direito Comercial e do Direito Empresarial será a utilização do sistema tradicional para a solução de possíveis contradições apresentadas pelas normas sob análise.

Na utilização do sistema tradicional, como visto, não há possibilidade de diálogo, havendo conflito entre normas, uma sempre deverá prevalecer em detrimento da outra que será expurgada do ordenamento jurídico. Esta característica do sistema tradicional se observa, mesmo quando não é possível aplicar os critérios por ele definido, cronológico, hierárquico e da especialidade, para resolução dos conflitos, como se depreende da lição de BOBBIO²³⁶, ao dispor:

“(...) Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito de normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas”.

As duas primeiras possibilidades, não necessitam de comentário, pois já sugerem a eliminação das normas. A terceira, no entanto,

²³⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 74.

²³⁶ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 100.

poderia levar a falsa constatação de um possível “diálogo” o que, porém, não é o caso, como se verifica na lição de BOBBIO²³⁷:

“A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela à qual o interprete recorre mais freqüentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada e duma das duas normas ou de ambas... Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se agora aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação *corretiva* é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação *corretiva* é ab-roicante, se bem que limitada à parte da norma corrigida... a interpretação *corretiva* tem por efeito a eliminação puramente parcial de uma norma (ou de duas) (...).”

Verifica-se, portanto, que mesmo na chamada “interpretação corretiva” proposta pela solução tradicional, que aparentemente conciliaria duas normas conflitantes, o que há na verdade é a ab-rogação da norma, ou normas, em conflito, de maneira que possa se eliminar a referida contradição para então, somente desta forma, conservar a norma no ordenamento jurídico.

Não é esta a solução apontada pelo diálogo das fontes, que propõe manter as normas, mesmo que conflitantes, no ordenamento, possibilitando sua aplicação simultânea, com influências recíprocas, como leciona MARQUES²³⁸, “seja de forma complementar, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente

²³⁷ BOBBIO, Norberto, *op cite*, p. 102-103.

²³⁸ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 74-75.

em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato”.

Por esta razão, se constata que somente haverá uma real possibilidade de influência recíproca entre as fontes, entre as normas jurídicas arbitradas como de Direito Comercial e as de Direito Empresarial, na adoção da Teoria do Diálogo das Fontes. Assim sendo, a este “diálogo” somente estará limitada à própria natureza dessas normas, diga-se hoje extremamente ampla, porque envolve os vários tipos de interesses que norteiam o desenvolvimento das atividades econômicas de forma organizada.

Mas que tipo de diálogo seria este? Parafraseando a lição de MARQUES²³⁹, *mutatis mutandis*, três são os tipos de diálogo possíveis entre as normas de Direito Comercial e as de Direito Empresarial, são eles: a) aplicação simultânea das normas; b) aplicação complementar e subsidiária das normas; e, c) a coordenação e adaptação sistemática destas normas.

A aplicação simultânea das normas é o caso em que o diálogo entre as normas aparece, segundo ensina MARQUES²⁴⁰, com uma norma servindo de base conceitual para a outra, especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade.

É o que se percebe, por exemplo, no caso das regras dispostas no CC2002 que, conforme visto, enucleiam a Direito Empresarial, definindo institutos como empresário, a sociedade como pessoa jurídica, os tipos das sociedades, empresária e simples, as espécies das sociedades empresárias, em nome coletivo, comandita simples, limitada, sociedade anônima. Podemos incluir também as regras relacionadas à formação do nome empresarial, escrituração empresarial, dentre outras, questões estas que não são definidas pelos microsistemas espalhados nos diversos outros ramos do Direito que tutelam

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 76-77.

²⁴⁰ *Idem*, p. 76.

os interesses decorrentes do exercício profissional e de forma organizada da atividade econômica.

Quanto à aplicação complementar e subsidiária, o diálogo aparece como forma de uma norma, ou normas, complementar à aplicação de outra, ou outras, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente.

MARQUES²⁴¹ menciona como exemplo para este tipo de diálogo “(...) as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei”; caso em que pode ser observado no disposto no artigo 2037²⁴² do CC2002. Outrossim, podem ainda ser citadas como exemplo da forma de aplicação subsidiária as regras relacionadas a associações para com as sociedades (§ 2º do artigo 44²⁴³), as regras relacionadas às sociedades simples, para com as sociedades empresárias (artigos 1.040²⁴⁴, 1.046²⁴⁵, 1.053²⁴⁶), ainda das sociedades limitadas com as sociedades anônimas (parágrafo único do artigo 1.053²⁴⁷).

No terceiro caso, ensina MARQUES²⁴⁸, “há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do

²⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 76.

²⁴² Artigo 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou à sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 483.

²⁴³ Artigo 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I- as associações; II- as sociedades; III- as fundações; IV- as organizações religiosas; V- os partidos políticos. §2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do livro II da Parte Especial deste Código. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 256.

²⁴⁴ Artigo 1.040. A sociedade em nome coletivo se rege pelas normas deste Capítulo e, no que seja omissa, pelas do Capítulo antecedente. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 361.

²⁴⁵ Artigo 1.046. Aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas da sociedade em nome coletivo, no que forem compatíveis com as deste Capítulo. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 362.

²⁴⁶ Artigo 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 362.

²⁴⁷ Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. BRASIL. **Código Civil**, *op cite*, p. 362.

²⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima, *op cite*, p. 77.

campo de aplicação de uma lei... É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doubie sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)". Tal situação ocorre com as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações, regidas pelos artigos 1.088 a 1.092 do CC2002, bem como pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades por Ações.

Finalizada que seja, mesmo que de forma sumária, a análise dos limites e possibilidades do diálogo entre as fontes do Direito Comercial e as do Direito Empresarial, observa-se que não só é possível quanto também é necessário manter-se referido "diálogo" para a solução dos possíveis conflitos provenientes destas normas que convergem para tutelar o exercício da atividade econômica de forma organizada.

Esta necessidade, também pode ser destacada na lição de WALD²⁴⁹ ao comentar que:

"(...) está ultrapassada uma fase do Direito Comercial que fazia prevalecer sempre à vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigente em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas".

Assim sendo, a solução dada pelo diálogo entre as fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, deve prevalecer como uma das formas de busca do equilíbrio das diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais – dentre eles o empresário, os empregados, os consumidores, o Poder Público, os fornecedores, os garantidores e os

²⁴⁹ WALD, Arnoldo. **O Empresário, a Empresa e o Código Civil**, *op cite*, p. 38.

transportadores. Garante-se, assim, uma resposta consistente do Direito, na tutela desses vários interesses, que, apesar de inicialmente parecerem conflitantes, ao final convergem para garantir um real crescimento sustentável da empresa e com isto, por conseguinte, o crescimento econômico, financeiro, político e social de toda uma nação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi elaborada seguindo a base lógico-comportamental indutiva, pela qual são estudadas as partes de um fenômeno para chegar a uma conclusão geral sobre o mesmo. O estudo apontou como objeto o aperfeiçoamento da teoria do ordenamento jurídico quanto à possibilidade do diálogo entre as fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, para isto objetivava apontar a autonomia do Direito Comercial frente ao Direito Civil, também identificar os princípios norteadores do Direito Comercial e do Direito Empresarial.

Justificaram a pesquisa os problemas apresentados em forma de questões, a primeira delas relativa à autonomia do Direito Comercial, frente à edição do Código Civil de 2002; seguida pelo questionamento se, com a vigência do CC2002, mantêm-se os mesmos princípios que justificariam a autonomia do Direito Comercial frente ao Direito Civil.

Por fim, como foco principal, questionou-se a possibilidade de uma relação de complementaridade entre o Direito Empresarial e o Direito Comercial e, sendo afirmativa a resposta, quais os limites e possibilidades de tal diálogo entre as normas. Para cada um destes questionamentos foram estabelecidas hipóteses que a pesquisa procurou confirmar ou negar.

Estabelecidas, assim, as bases metodológicas que garantiram a cientificidade do trabalho, a pesquisa foi elaborada e relatada tendo por base a mesma base lógico-comportamental, a indutiva.

O primeiro capítulo tratou das questões introdutórias, fundamentais para a análise proposta, e identificou os conceitos de Direito Civil, de Direito Comercial, do Direito Empresarial, da empresa do empresário, da Teoria dos Atos do Comércio e da Teoria da Empresa.

O citado capítulo tratou ainda da autonomia dos ramos do Direito, onde ficou demonstrado que o Direito Comercial mantém a sua autonomia

frente ao Direito Civil, garantida inclusive por preceito constitucional (artigo 22, I da CRFB), não obstante a unificação legislativa promovida pelo CC2002, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Neste capítulo, ainda ficaram definidas outras questões conceituais ligadas a norma, princípios, fontes do Direito, microsistemas jurídicos e métodos.

Definidas as questões introdutórias e já ficando para traz as questões ligadas à autonomia do Direito Comercial frente ao Direito Civil, o segundo capítulo voltou-se ao estudo das características próprias do ramo do Direito denominado como Direito Comercial. Nessa parte foram pesquisadas a origem e evolução do Direito Comercial, seu conceito, a natureza jurídica de suas normas, sua relação com os demais ramos do Direito, bem como sua posição legislativa e a revogação da primeira parte do Código Comercial Brasileiro, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

O segundo capítulo tratou da identificação dos princípios e características próprias que regem as normas atribuídas ao Direito Comercial, diferenciando daqueles que classicamente são atribuídos ao Direito Civil, malgrado a unificação legislativa pelo CC2002 que, inclusive, veio colaborar com a amplitude da regência de suas normas com a adoção efetiva da chamada Teoria da Empresa.

Destarte, para tratar do diálogo entre as fontes do Direito Comercial e do Direito Empresarial, o terceiro capítulo voltou-se ao estudo específico daquele ramo do Direito, disperso e difuso, que se predispõe a tutelar os diversos tipos de interesses que norteiam o exercício da atividade econômica de forma organizada e profissionalmente.

Aquele capítulo demonstrou, assim, a origem e evolução do Direito Empresarial, seu conceito, a natureza jurídica de suas normas, sua relação ou dispersão pelos diversos ramos do Direito e, por fim, princípios próprios que o regerão.

Concluindo, após a identificação, nos capítulos anteriores, das áreas do Direito que a pesquisa se predispôs analisar, o quarto capítulo

apresentou os critérios utilizados para solução dos conflitos existentes entre normas convergentes. O primeiro deles, identificado como clássico, que se predispõe a solucionar os conflitos através da eliminação, revogação total ou parcial, de uma norma pela outra de um mesmo ordenamento jurídico.

O segundo denominado como “diálogo das fontes” que se predispõe a manter ambas as normas aparentemente em conflito no ordenamento, possibilitando sua influência recíproca, sua aplicação conjunta, através de uma relação de complementaridade ou de uma interpretação mais flexível e aberta, uma solução mais favorável ao mais fraco da relação.

Neste mesmo capítulo, foram finalmente apresentados os limites e as possibilidades deste “diálogo” entre as normas de Direito Comercial e do Direito Empresarial, no qual se observou não ser somente possível quanto também necessário que referido diálogo aconteça para que o Direito assim possibilite uma resposta mais adequada aos vários tipos de interesses e necessidades que devem ser tutelados em torno do exercício organizado de uma atividade econômica num mundo complexo e em constante transformação.

O desenvolvimento da pesquisa confirmou, então, as hipóteses levantadas pelo pesquisador. Inicialmente porque ficou demonstrado, nos primeiros capítulos da pesquisa, que a unificação legislativa do Direito Privado Brasileiro pelo CC2002, que revogou a parte inicial do Código Comercial Brasileiro, não prejudicou, nem mesmo afetou a autonomia do ramo do Direito Comercial, frente ao Direito Civil, garantida inclusive pela CRFB.

A adoção da Teoria da Empresa pelo CC2002, apesar de não dividir os atos em civis e comerciais, como se procedia com a Teoria dos Atos do Comércio, importa-se com o exercício da atividade econômica de forma organizada pelo empresário e, desta forma, amplia a aplicação destas regras ao exercício de atividades econômicas como de produção, de industrialização, de serviços, bancárias, dentre outras. Resta assim confirmada a primeira hipótese.

Os dois primeiros capítulos demonstraram, outrossim, não só a manutenção de princípios gerais do Direito Comercial frente ao Direito Civil,

após a entrada em vigor do CC2002, como a autonomia da vontade expressa, dinamicamente, numa atividade negocial, com propósito de lucro; a estrutura empresarial; e a garantia e certeza da circulação e do crédito; como também características que são próprias das regras deste ramo do Direito, como a onerosidade, a simplicidade, o cosmopolitismo, confirmando assim, a segunda hipótese apresentada.

A pesquisa como um todo, no entanto, com atenção especial para o terceiro e quarto capítulos, confirmou, também, a terceira hipótese, ao verificar uma íntima relação entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial, apesar de não poder confundi-los como um só, porém, aquele pode ser compreendido, hodiernamente, como um sistema ou microsistema deste.

Portanto, restou demonstrada a relação de complementaridade entre o Direito Comercial e o Direito Empresarial no intuito de tutelar os interesses decorrentes do exercício da atividade econômica de forma organizada.

Ressalta-se ainda, como importante contribuição da pesquisa a apresentação da forma de solução dos conflitos entre normas convergentes existentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, a partir do “diálogo das fontes”, que se demonstrou na forma mais adequada para a busca de uma resposta do Direito para os vários tipos de interesses que convergem sobre a empresa, como forma de garantir seu crescimento sustentável e, com isto, também o crescimento social.

Finalizando, reconhece-se que esta pesquisa se constituiu numa provocação de estímulos, nas concordâncias e discordâncias apresentadas, para a realização de novos estudos e reflexões que possam aprofundá-la de forma a contribuir com um sistema jurídico mais justo e eficiente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. **Aspectos da teoria jurídica da empresa**. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 119, p. 236-254, julho/setembro 2000.

ASCARELLI, Túllio. **O empresário**. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 109, p. 183-189, janeiro/março 1998.

ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 104, p. 109-126, outubro/dezembro 1996.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de Direito Comercial**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. V 1. 411 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. 184 p.

BRASIL. **Código Civil; Código Comercial; Código de Processo Civil; Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1541 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 386 p.

BRASIL. **Decreto 737, de 25 de novembro de 1850**, disponível em: <<http://www.camara.gov.br> - legislação - publicações - coleção das leis do império - coleção das leis parte II - 1850>. Acesso em 02/agosto/2006.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997. 287 p.

_____. **Estudos e pareceres de Direito Empresarial: o direito das empresas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. 409 p.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do Direito Comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux, IBRADD e Unigranrio, 2002.

_____. **Temas atuais de direito do comércio internacional.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004, V 1. 428 p.

CAVALLAZZI FILHO, Tulio. **Atualidades do novo Direito Empresarial.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. 196 p.

CAVALLI, Cássio Machado. **O Direito da Empresa no novo Código Civil.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 868, p. 43-78, outubro 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V 1. 497 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **O direito brasileiro na visão de Túllio Ascarelli.** Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 38, p. 11-18, abril/junho 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Noções práticas de Direito Comercial.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V 1. 420 p.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne.** Cours général de droit international privé. Martinus Hijhoff Publishers: London, p. 9-268.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 1960, V 1. 551 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Elementos de Direito Civil.** São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1969. 306 p.

_____. **Introdução ao estudo do Direito**. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 465 p.

ITÁLIA. **Codice Civili Italiano, 16 marzo 1942**, disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Obiter dictum/codciv/Codciv.htm>>. Acesso em 2/agosto/2006.

MACHADO, Daniel Carneiro. **O novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa**. Revista Jurídica Consulex, São Paulo, n. 128, p. 31-33, maio 2002.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2004. V 1. 370 p.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 45, 2003. p. 71-99.

_____. **Três diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”**. In: Roberto A. C. Pfeiffer; Adalberto Pasqualotto (org.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergência e assimetrias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 150-200.

_____. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 51, 2004. p. 34-67.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 384 p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 449 p.

MAXIMILIANUS, Claudio Américo Führer, ÉDIS, Milaré. **Manual de Direito Público e Privado**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 397 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 1032 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000. 104 p.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Atualizado por Ricardo Negrão. Campinas: Bookseller, 2000. V 1. 620 p.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. 2.267 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999. V 1. 669 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 39 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. V 1. 362 p.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 25 ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 619 p.

MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES FILHO, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1995. 616 p.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de empresa**. 3 ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2003. V 1. 509 p.

NEVES, Iêdo Batista. **Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos**. 6 ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Fase, 1993. 2.260 p.

PACIELLO, Gaetano. **A evolução do conceito de empresa no Direito Italiano**. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 29, p. 39-56, 1978.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. 243 p.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 393 p.

_____. **Novo Código Civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 830 p.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25 ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. V 1. 513 p.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, 581 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. V 1. 663 p.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. 10 ed. rev. amp. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. V 1. 315 p.

_____. **O empresário, a empresa e o Código Civil**. Revista de Direito, Rio de Janeiro, n. 57, p. 22-39, out/dez 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)