

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

DIÓGENES TEÓFILO DE JESUS

DA NEOCODIFICAÇÃO DO DIREITO MERCANTIL NO BRASIL E A TESE
BIPARTITE DO DIREITO PRIVADO

RECIFE

2012

DIÓGENES TEÓFILO DE JESUS

DA NEOCODIFICAÇÃO DO DIREITO MERCANTIL NO BRASIL E A TESE
BIPARTITE DO DIREITO PRIVADO

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas
Orientadora: Profa. Ms. Renata Andrade

RECIFE

2012

Jesus, D. T.

**Da neocodificação do direito mercantil no Brasil e a tese bipartite do direito privado./
Diógenes Teófilo de Jesus. O Autor, 2012.**

62 folhas.

**Orientador: Profª Renata Andrade
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã - Trabalho de conclusão
de curso, 2012.**

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Direito Empresarial 3. Autonomia Legislativa 4. Bipartição do Direito Privado

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-133

DIÓGENES TEÓFILO DE JESUS

DA NEOCODIFICAÇÃO DO DIREITO MERCANTIL NO BRASIL E A TESE
BIPARTITE DO DIREITO PRIVADO

DEFESA PÚBLICA em Recife, na data de ____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientadora: Profa. Ms. Renata Andrade (FDIC)

1º Examinador Prof. ____

2º Examinador Prof. ____

RECIFE

2012

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que se alimentam do Direito Privado, aos seduzidos pela criação da harmonia nas relações de vontade dos indivíduos e suas instituições, àqueles que crêem ser possível o desenvolvimento sustentável, a livre iniciativa, a geração de emprego e renda, a circulação de divisas e incremento no mundo do saber científico e tecnológico motivados pela empresa, pelo sonho de uma vida, sustento cotidiano de muitos e do Estado.

RECIFE

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Deus**, artífice supremo das relações humanas, arquiteto de todo o universo, que a tudo criou, nesse tudo soprando seu espírito inefável.

Agradeço aos meus **pais**, pela sua participação co-criadora no múnus divino, pela educação, pelos princípios, pelo primeiro sentimento de justiça e pelo amor à comunicação.

Agradeço aos **amigos**, pelo apoio e pela presença velada neste tempo de ausência que só o sonho de uma vida é capaz de justificar.

Agradeço aos **mestres**, em particular da área de concentração de Direito Privado e correlatos: Renata Andrade – minha querida orientadora, que em sua dedicação e entusiasmo sempre nos incentivou à pesquisa e aos problemas do Direito Empresarial – Danielle Spencer – com quem aprendemos Obrigações –, Edmundo Borba – titular de direito da propriedade intelectual –, Nair Leone – com quem trabalhamos Direito Empresarial I, II e III, mais Sociedade Anônima, uma vida dedicada ao Direito de Empresa –, e Alessandra Lins – titular de direito econômico empresarial, a quem admiramos pela maturidade na jovialidade e pelo seu bom gosto filosófico.

Agradeço aos **mestres** da propedêutica Teoria e Filosofia do Direito, porque não dizer, em essência da vida e da ordem: Maria Regina Rosa e Silva, George Browne Rego, João Maurício Adeodato, Andrea Campos, Arthemis Holmes, Clarissa Marques e Keyla Sonalle.

Agradeço, ainda, aos amigos José Ivo de Paula Guimarães, Zanon Passavante, Maria Alcilene Fernandes, Cláudio Brandão, Ricardo de Brito, Aurélio Agostinho da Boaviagem, Pe. Josivan Sales, a Eliana Viana, Aline Coutinho, Everton Amorim, Ihu Lucena, Suerdy Patrício, Lílian Melo, Acácia Coutinho, Ricardo Lopes, bem como àqueles do Gabinete, do Escritório e os inomináveis.

Complexidade da vida! As facturas são feitas por gente
Que tem amores, ódios, paixões políticas, às vezes crimes –
E são tão bem escritas, tão alinhadas, tão independentes de tudo isso!
Há quem olhe para uma factura e não sinta isso.
Com certeza que tu, Cesário Verde, o sentias.
Eu é até às lágrimas que o sinto humanissimamente.
Venham dizer-me que não há poesia no comércio, nos escritórios!
Ora, ela entra por todos os poros... Neste ar marítimo respiro-a,
Porque tudo isso vem a propósito dos vapores, da navegação moderna,
Porque as faturas e as cartas comerciais são o princípio da história
E os navios que levam as mercadorias pelo mar eterno são o fim.

Ode Marítima.

Fernando Pessoa (Álvaro de Campos).

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a relação existente entre a legalidade e a mercancia, a partir da teoria do direito até a dogmática da seção jusempresarial, refletindo acerca de uma possível solução para o problema do conflito entre sistemas diversos em natureza, método e finalidade. Partindo da premissa da conversão e retorno de Cesare Vivante à teoria bipartite do Direito Privado, em Direito Civil e Direito Comercial, foram abordados motivos de natureza filosófica e prática que robustecem o movimento legislativo brasileiro através do Projeto de Lei de nº 1.572/2011 – Anteprojeto do Código Comercial a reinserir no Ordenamento Jurídico Brasileiro esse dogma que, para além de letra é pensamento fundamental não só para o desenvolvimento do Direito enquanto ciência, mas com vistas a conferir a segurança necessária às relações humanas interessantes a esse ramo do conhecimento.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Autonomia legislativa; Bipartição do direito privado.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the relationship between legality and mercancia from the theory of law to the dogmatic section jusempresarial, reflecting about a possible solution to the problem of conflict between diverse systems in nature, method and purpose. Assuming the conversion and return Cesare Vivante theory bipartite of Private Law, Civil Law and Commercial Law were discussed reasons of nature philosophical and practical grow up motion Brazilian legislature through the Bill of No 1.572/2011 - Draft of Commercial Code to reenter the Brazilian legal system that this dogma, beyond wording is thought essential not only for the development of law as a science, but in order to give the necessary security to human relationships in this interesting branch of knowledge.

Keywords: Business Law; Legislative autonomy; Bipartition of private law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ENQUANTO CONCEITO E SISTEMA..	14
1.1 Elemento comunicativo e características clássicas do discurso da norma jurídica.....	14
1.2 O princípio da legalidade em movimento na história e sua relação com a ideologia.....	18
1.3 Pragmatismo e legalidade: uma necessidade recíproca para a atualidade enquanto movimento.....	22
2 O CENÁRIO EMPRESARIAL ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO.....	27
2.1 O problema do conceito de problema jurídico e da cientificidade do Direito.....	27
2.2 Análise histórico-conceitual do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro.....	30
2.3 Análise crítica do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro....	34
2.4 Suscitação do mercado à lei: problema das conseqüências da regulação do sistema empresarial através da codificação.....	36
3 CODIFICAÇÃO E CONFLITO TRANSISTEMÁTICO NORMATIVO EM MATÉRIA MERCANTIL: ANÁLISE PRAGMÁTICA DOS FENÔMENOS.....	42
3.1 Ideologias econômicas, a regulação estatal e os fins sociais enquanto expectativas interativas com o direito empresarial.....	42
3.2 Pragmática da necessidade do sistema empresarial: análise conjuntural.	46
3.3 Codificabilidade do Direito Empresarial.....	52
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58
ANEXOS.....	61

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho está contido nas Fontes do Direito Empresarial, trata da uniformização das fontes enquanto tendência e necessidade frente aos fenômenos da globalização nos sistemas jurídico e econômico, já partindo do pressuposto da autonomia substancial.

No mundo globalizado cada vez mais se fala em estabelecimento de marcos regulatórios às mais diversas atividades. O que traz para o mundo do Direito uma responsabilidade instrumental na missão de reduzir as complexidades que surgem das provocações do sistema social.

Desse fenômeno não está alheio o comércio, cuja mutabilidade é marcante, sobretudo, diante dos movimentos atinentes aos fatores de produção: seja acerca do capital, da tecnologia ou mesmo do trabalho humano.

Assim, o Direito Empresarial, enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, iluminado pela missão de harmonizar as pretensões dos agentes econômicos sente a urgência de visitar suas fontes/meios de criação com vistas a conferir a si próprio a efetividade característica do sistema jurídico.

O ponto de partida do presente trabalho foi o capítulo¹ intitulado “A necessária modernização da legislação aplicável aos contratos internacionais de comércio”, de autoria do professor Aurélio Agostinho da Bôaviagem. Essa leitura remeteu o autor ao Tratado de Direito Comercial de Cesare Vivante (Vol. 1, Os comerciantes), traduzido por Haroldo Malheiros Dulcéc Verçosa² conduzindo à reflexão acerca da autonomia do Direito Comercial. Tal raciocínio foi desenvolvido mediante pesquisa documental, de natureza bibliográfica, de fontes tradicionais em direito, tais como: doutrinas, legislações e precedentes dos tribunais brasileiros, além de artigos científicos referentes aos diversos enfoques do tema em um método problematizante na perspectiva gnosiológica em uma alternância entre indução em relação ao empirismo característico do objeto mercantil e dedução das normas, princípios e doutrinas típicos da metodologia da pesquisa jurídica clássica.

¹ Apud. BRANDÃO, Cláudio (Org.); CAVALCANTI, Francisco (Org.); ADEODATO, João Maurício (Org.). **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 435/443.

² Apud. WALD, Arnoldo. (Org.). **Direito Empresarial: teoria geral**. v. 1. São Paulo: RT, 2011. p. 107/112.

As notas de rodapé por vezes trazem as informações sobre as citações, as quais se privilegiou a espécie direta, em face do comprometimento pragmático com o qual quis se aliar neste trabalho o autor, com vistas a oportunizar o acesso do leitor às fontes do raciocínio e a que esse pudesse tirar suas próprias conclusões sobre elas. Em outros momentos as notas de rodapé trazem espécies de *segundas leituras*, ora explicativas, ora argumentativas, trazem elementos secundários à guisa de cultura geral sobre o tema, podendo contribuir sobremaneira para a compreensão do trabalho em sua plenitude.

Uma questão interessante marcou essa pesquisa: a transformação do seu objeto. *A priori* desejou-se trabalhar com o problema da tendência universalista na norma referente ao comércio. O estudo das fontes conduziram à reflexão histórica sobre essa *natureza*, tão bem explicada por Oscar Barreto Filho na sua aula magna intitulada *Dignidade do Direito Mercantil*³ e seu curso histórico desde os consulados do mar, até o surgimento da codificação, do Estado Moderno até os modelos econômico, cultural e jurídico atuais.

Foi assim que chegou-se ao objeto material: autonomia legislativa do direito mercantil no Brasil. Delimita esse objeto o influxo do pensamento juspragmático característico da Escola Norte-americana, pelo motivo de que este melhor se adéqua como método de conhecimento em relação ao método particular do Direito Mercantil⁴.

Outro motivo forte para a transformação do objeto de pesquisa é fornecido pela história presente: a tramitação no Congresso Nacional Brasileiro do Projeto de Lei de nº. 1.572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, do Partido dos Trabalhadores, do Estado de São Paulo, que “institui o Código Comercial”.

Interessantemente, o Brasil faz o mesmo caminho de Vivante. Eis que o catedrático da Universidade de Roma postulou a unificação legislativa do direito privado e em uma demonstração de coerência e humildade científica refluuiu, com boas razões, em prol do entendimento da necessidade de autonomia legislativa do Direito Comercial. Essa obra prima não poderia deixar de ser acessível ao leitor, razão porque compõe o acervo anexo.

A fonte primacial do direito é o enunciado-descritivo, a lei. Não só por que o Brasil está predominantemente sob a tradição jurídica da *Civil Law*, mas tendo essa tradição logrado

³ Apud. WALD, Arnaldo. Op. Cit. p. 371/385.

⁴ Durante o trabalho são usadas as expressões Direito Empresarial, Direito Mercantil, Direito Comercial como sinônimos. Portanto, não se trata de tocar na questão de Teoria Subjetiva ou Objetiva, de atos de comércio ou teoria da empresa. Esse não é o objeto dessa pesquisa.

o *status* de tendência mundial por conferir maior segurança na sua aplicação, no tocante à informatividade e cogência, sobretudo⁵.

Mesmo no conflito entre sistemas legais e consuetudinários os primeiros logram vitória ante os segundos em razão da abstratividade e universalidade características da sua natureza, abarcando de forma epistemológica e pretensamente mais completa boa parte das situações humanas que lhe suscitem a aplicação, a exemplo dos tratados internacionais, os quais inobstante sua forma contratual desejam ser um programa, um sinalagma e um instrumento normativo que abriu mão, inicialmente da espera de decisões sobre *cases* advinda das cortes. Estatuiu-se através do tipo enunciativo-descritivo, abrindo-se mão *a priori* da espera passiva dos provocadores da jurisdição e isso traz uma consequência metodológica para o estudo e o trabalho com as fontes.

Assim, em sendo o modal normativo mais seguro: a lei; e em sendo o ambiente eleito para esse estudo: o mercado; e que este necessita da segurança que a si pode conferir o sistema jurídico, é possível que a reunião dos conceitos/mandamentos jurídicos em um instrumento tipo legal reduza as complexidades do sistema, maximizando os objetivos dos atores.

A justificativa da presente abordagem se dá, em um primeiro lugar, pelo momento histórico por que passa o Brasil – de sexta economia mundial – com relevo para o crescente desenvolvimento do Estado de Pernambuco, sobretudo, na área de comércio internacional que passa a necessitar de abordagens técnicas profundas qualitativamente acerca do seu mister; da tramitação do PL nº. 1.572/2011.

Em um segundo lugar, jusfilosoficamente é uma oportunidade de ratificar a tese jusrealista ou do pragmatismo jurídico, matriz reflexiva da atual composição da escola do pensamento jurídico do Recife.

Em um terceiro lugar, cuida-se de um mister social, a partir do momento em que a análise debruça-se sobre o fenômeno jurídico na qualidade de sintoma das moções da sociedade contemporânea, realidade essa, eficiente e finalística causa para a gênese e aplicação dos discursos normativos, demonstrando a determinabilidade decisional e lógica jurídica como decorrente de um processo centrípeto e centrífugo entre Sociedade, Estado e Direito.

⁵ Considerando-se que o significado contido no termo independe do designativo aplicado, se *Acts*, *ordenances*, ou outros. O que com isso se quer dizer é que mesmo em países de matriz jurídica consuetudinária a enunciação normativa ganha cada vez mais espaço.

Em um quarto lugar, o argumento econômico de manutenção do sistema de mercado, da forte tendência do mercado de capitais, da pulverização acionária, da governança corporativa, das atividades de fomento ao empreendedorismo, da crise macroeconômica, eventos que independente da ideologia informante são idôneos a provocar o estudo jurídico.

Em um quinto lugar, é o interesse acadêmico que promove este estudo. Em razão da redemocratização do Brasil, desde o processo constituinte até esta fase de transição secular tem se dado muita atenção aos fenômenos públicos e publicizantes internos do discurso jurídico em lamentável detrimento das disciplinas propedêuticas especulativas, bem como do estudo do direito privado, em particular, o empresarial. E, com efeito, patente a mudança de cenário de redemocratização política e recessão econômica para o reaquecimento econômico e a consolidação institucional urge retornarem os debates acadêmicos para essa faixa de acontecimentos humanos/institucionais que suscita questões de elevada importância neste contexto regional, aditando-se as complexidades que o tempo com êxito sempre logra em demonstrar, o que exigirá respostas dos profissionais e da academia uma resposta à altura de tais problemas.

O trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro, cuida-se da norma enquanto realidade linguística e temporal, se lhe atribuindo o método jusrealista, pragmático, de pensar, para que se perceba o enunciado normativo em sua historicidade, adaptando-se ao método empírico, indutivo e intuitivo do Direito Comercial.

No segundo capítulo trabalha-se com o problema da cientificidade do Direito e dos elementos determinantes do seu interesse pelo sistema econômico-mercantil. Com fidelidade às bases realistas traça-se um cenário do que representa, em termos de espécies legislativas, o Direito Empresarial no Brasil, fazendo uma crítica qualitativa e quantitativa ao subsistema. É concluído com a vicissitude jurídica do mercado.

No terceiro capítulo é feita uma análise conjuntural, partindo das principais ideologias econômicas, que culmina pela nova autonomia legislativa do subsistema Empresarial, bipartindo-se novamente na história do Brasil o Direito Privado enquanto perspectiva e tendência com vistas a bem atender o quadrante social a que se destina, afastando-se da alienação.

Com esta pesquisa pretendeu-se fornecer o dado parcial à Faculdade de Direito Damas da Instrução Cristã para a atribuição ao autor do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Trata-se de um dever difícil trabalhar com uma matéria tão viva, empírica, indutiva e intuitiva – como é o Direito Comercial. Por certo, que após certo tempo é possível que este opúsculo seja um bom livro de história ante a transitoriedade e a inexorabilidade do tempo, a curiosidade dos noviços sobre metodologia científica ou a bela empolgação primaveril dos calouros por informação. O que, contudo, é possível que seja a mensagem mais importante é a de que nunca é tarde demais para pensar, refletir e refluir – voltar atrás. Cada momento na vida pessoal e de um povo é novo, inédito e irrepetível; as decisões são tomadas conforme as contingências, conveniências e oportunidades (condições normais de temperatura e pressão) – e isso tudo, assim como os seres humanos, muda. Nessa mutabilidade, que tira a vida do modo automático e insere-a no modo presencial, estão os fatos humanos. Ao passado, o perdão. Ao futuro, a coragem para descortinar uma aventura histórica nova, inédita e irrepetível. Essa é a lição de vida de Vivante, que mudou a si para mudar o mundo.

CAPÍTULO 1 O PROBLEMA DA LEGALIDADE ENQUANTO CONCEITO E SISTEMA.

Sumário: 1.1 Elemento comunicativo e características clássicas do discurso da norma jurídica. 1.2 O princípio da legalidade em movimento na história e a sua relação com a ideologia. 1.3 Pragmatismo e legalidade: uma necessidade recíproca para a atualidade enquanto movimento.

1.1 Elemento comunicativo e características clássicas do discurso da norma jurídica.

A autonomia das normas de direito mercantil em sendo a proposta pela qual se veicula a pretensão, ao menos de investigação de possibilidade ou de necessidade, de reunir em um determinado modal normativo as espécies regulatórias de direito comercial, tem de partir necessariamente de premissas sólidas e fundamentais sem as quais torna-se impossível a investigação nesta seara do conhecimento.

Dentre as principais premissas estão as considerações de conceito de marco legal e seu entendimento a partir do princípio jurídico que lho comunica, deste aludindo às principais consequências, para, ao final, tentar uma correlação entre a mercancia e a legalidade.

Quanto à primeira indagação, sobre uma tentativa de conceito de marco legal deseja-se aludir à formulação de enunciado pretensamente universal, genérico, abstrato, válido e coercível (para significar eficaz) que incida sobre determinado quadrante da conduta humana.

Em verdade, com um marco legal deseja-se estabelecer um cenário de perspectivas possíveis faticamente e passíveis de incidência da norma jurídica seja em razão de tutelar bem jurídico ou questão de ordem pública; para prescrever processos/procedimentos; seja, ainda, para permitir, proibir, facultar, prescrever e regular condutas humanas ou institucionais.

Com a delimitação legal, deseja-se comunicar que de forma alguma, anela-se à exauriência do estudo da matéria regulada, muito pelo contrário, cuida-se de ponto de partida e ponto de chegada da sua aplicação, sempre aberto, pelo simples motivo de que

[...] por mais elucidativo que um texto possa parecer, ele se torna pobre em relação ao inesgotável potencial interpretativo que suscita. Por conseguinte, ele estará sempre aberto ao contínuo exercício espiritual da arte hermenêutica, na sua

incansável faina de trazer à tona o que a própria contextura escrita do texto oculta e que, por si mesma, não é capaz de revelar.⁶

bem como, asseverou W. Hassemer que

[...] a letra dos conceitos legais ou o significado natural das palavras constituirão, porventura, limites da interpretação; ou então teria que se distinguir entre um núcleo do conceito (duro, inequívoco) e a auréola do conceito (vaga, requerendo interpretação), podendo-se contar, pelo menos no primeiro caso, com o poder determinante do direito codificado.⁷

Pelo argumento normativo que se está a tratar, fala-se em enunciado, em forma escrita, em posituação, em última instância, de codificação e dessa análise impescinde entender tal modal normativo como pertencente às categorias da teoria geral da comunicação, pela qual se comunica ao direito o Princípio da Interação enquanto determinante das relações intersubjetivas no sistema da norma jurídica, sob preleção do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., veja-se:

[...] podemos dizer que uma situação comunicativa pode ser vista como constituindo um sistema (no sentido da Teoria dos Sistemas). Neste sistema, se as ações são ações de falar, a ação de quem fala (orador) quer ou deve ou pode provocar uma resposta por parte de quem ouve (ouvinte), influenciando-o, ao torná-lo passivo, reativo, etc. por sua vez, a reação do ouvinte influencia o próprio orador e, por conseguinte, a sua ação de falar. Dizemos que entre ambos há troca de mensagens. Uma série de mensagens trocadas entre orador e ouvinte se chama interação. Toda situação comunicativa é, nestes termos, um sistema interacional.⁸

Em verdade, com um enunciado escrito, ou melhor, palavras, estas que por seu turno são símbolos suscitantes da reminiscência de uma experiência física ou espiritual subjetiva⁹ de um emissor frente a uma realidade e partindo da premissa de que o receptor teve uma experiência semelhante em significado à daquele, o sistema jurídico funda-se na credibilidade de que o objeto da mensagem por aquele veiculada chegará até este provocando, ou melhor, suscitando um posicionamento *ex foro externo*¹⁰. Nessa perspectiva, entende-se livre e

⁶ REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo apud. BRANDÃO, Cláudio et al. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 55.

⁷ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico codificação: a vinculação do juiz à lei. Apud. KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2ª edição. Tradução de M. Keel e M. S. Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 284.

⁸ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14.

⁹ Fenômeno da *convertio ad phanthatmatha*, para maiores informações, Cfr. Aristóteles. **De anima**. Trad. Maria Cecília Gomes. São Paulo: Editora 34, 2006.

¹⁰ Para marcar a distinção entre as motivações *ex foro interno* que ensejam por fruto a moral e a ética.

desembaraçado o canal de contato (veículo de comunicação), capazes os sujeitos de criação, apreensão e custódia de significado¹¹ físico e espiritual de realidades concretas e abstratas sobre eventos futuros e estabelecimento de (co)relação conceitual, de juízos e de raciocínios sem perder de vista os princípios da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído. Neste instante é possível dizer: houve comunicação.¹²

Entretanto, conforme já se disse, a comunicação jurídica parte de premissas particulares de compreensão universal e, mesmo, teológica¹³, de que haverá efetividade pelo simples fato de aquele macro-signo¹⁴ estar presente em um diploma positivado. Naturalmente não se fala em positivismo sem a crítica capital a que faz jus, a da alienação frente à realidade, o que foi chamado por Alfred Büllsbach de “déficit de realidade do legislador”.¹⁵ pertencente à ideia de crise dos positivismos e do seu característico fundamental dualismo metódico.

Partindo da cognoscibilidade do discurso, da capacidade humana de apreensão, atribuição de significado e adequação de conduta, vai-se às questões das características desse modal normativo.

Para efeito de didática, neste trabalho serão reafirmados os caracteres do ensino tradicional da teoria da norma jurídica, para adiante, discorrer sobre o entendimento pragmático incidente sobre o mesmo aspecto.

¹¹ Acerca da questão do significado da comunicação normativa, Tercio Sampaio Ferraz Jr. trata dos aspectos relato e cometimento do discurso aduzindo que “o relato é a informação transmitida. O cometimento é uma informação sobre a informação, que diz como a informação transmitida deve ser entendida”. Op. Cit. p. 48.

¹² A esse respeito Aliás, Fritjof Haft aduziu: “Já na antiguidade, o jurista era o homem que trazia ordem ao mundo, socorrendo-se exclusivamente de meios linguísticos. Ele procedia de forma sistemática. Ele estabelecia sequências. Indicava conceitos abstratos e resumia o caso com base neles. Analisava as alternativas da decisão. Escolhia os argumentos e determinava suas posições relativas. Produzia relações de dedução. Apontava vias para chegar à decisão. Ponderava. Decidia. Criava ordem, ali onde outros apenas viam um caos. O jurista não sabia deste caos mais do que os outros. Sabia, porém, criar ordem, não resolvendo assim o conflito, mas decidindo-o e dando-lhe um fim através de um compromisso o mais sustentável possível. O meio de que se socorria era a linguagem. E, bem vistas as coisas, neste aspecto, nada de fundamental se alterou até hoje”. HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. *Apud* KAUFMANN *et. al*, op. cit., p. 325.

¹³ Para usar a expressão de Saldanha, (SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005), ao recordar que a ideia de autoexecutoriedade da norma se dá em consonância com o pensamento teológico medieval, como que em uma recordação ao poder criador da figura divina manifesto através da palavra por ocasião do Gênesis, este entendido como realidade criada ou modificada pelo simples uso vernacular. Tal concepção é ratificada pelo argumento histórico presente na segunda fase do direito processual civil romano: o processo formulário, pelo qual se estende desde o medievo até a antiguidade a incidência dessa forma do pensar humano. Aliás, não é por outro motivo que cristalizou-se no jargão popular a máxima de que *verbum potestas habet* (palavra tem poder).

¹⁴ Entenda-se como reunião de signos de palavras, e dos significados em que importam.

¹⁵ BÜLLESBACH, Alfred. Ciência do direito e ciências sociais. *Apud*. KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.), Op. Cit., p. 496.

Um marco legal tem de ser abstrato, não se refere a um caso em concreto, não é metodicamente indutivo. O que importa em dizer que não advém de uma situação fática pontual. Pelo contrário, no Estado Democrático de Direito, é produto de um movimento social propulsor do poder legislativo, através da interação entre os sistemas.

Um marco legal tem de ser genérico, impessoal. Não deve ter por *telos* criar, modificar ou extinguir direito em benefício ou em detrimento de pessoa alguma, particularizadamente. Um marco legal existe em relação a uma hipótese fática suscetível de reiteração, não de uma pessoa ou de uma situação pontual.

Um marco legal deve ser válido material e formalmente. A validade formal da norma tem a ver com o processo legislativo ou o *modus operandi* por que se sucedem as fases de elaboração e aperfeiçoamento *interna corporis* do Poder Legislativo, refere-se, também à competência legislativa variante segundo a matéria em privativa, exclusiva e concorrente na hipótese da coexistência numérica de instâncias políticas na administração pública. A validade material da norma refere-se à sua regularidade dogmática quanto à matéria sob exame. A lei deve estar em harmonia com o sistema, idônea à integração hermenêutica ativa ou passiva à parte restante do ordenamento que consigo guarde nexos, bem como com a cadeia jusaxiológica de cada ramo dogmático do direito.

Acerca da eficácia da norma, esta relaciona-se com a capacidade de a partir da vigência produzir efeitos concretos no mundo dos fatos. Vigência quer significar termo inicial marcado pela publicação, recordando-se da hipótese da *vacatio legis*, lapso temporal entre a publicação e a real exigibilidade.

Falando-se em exigibilidade, recorda-se a coercibilidade, que vem a ser o uso legítimo da força por parte do Estado, nas pessoas dos seus agentes, com o fito constranger concretamente o nacional ou alienígena dissidentes ao cumprimento da lei. Nesse diapasão, recorda-se a legitimidade e as restrições relativas ao chamado estado de excepcionalidade institucional (estado de defesa e estado de sítio) e a questão da legitimidade executória da lei. Naturalmente, se há uma legitimidade para criar, modificar e extinguir a lei deve haver uma legitimidade para aplicar a mesma lei: uma investidura própria que confira à pessoa natural autoridade para exercer o *mister* em nome do Estado (primeiro interessado em que se cumpra a lei), em última instância para que se cumpra a *vontade geral* do povo.

Em que pese ainda uma consideração contemporânea sobre a norma, Tercio Sampaio Ferraz Jr. aduz ser “necessário encontrar um conceito unitário, que não se encontra nem no

nível sintático, nem no nível semântico, mas no pragmático”.¹⁶ Dessarte, aduz o mesmo autor à precisão que tem a norma de ser efetiva, válida e imperativa, categorias às quais reputa o seguinte predicado:

Efetividade é a relação de adequação (entre aspecto-relato e o aspecto-cometimento da norma, validade é a relação de imunização (do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-relato de outra), imperatividade por sua vez será definido como relação de calibração (do aspecto-cometimento de uma norma pelo aspecto-cometimento de outra).¹⁷

Com *venia* ressaltando as várias teorias acerca das características essenciais da norma em teoria do direito, estas são as mais significativas e que importarão em maior êxito para o presente estudo.

1.2 O princípio da legalidade em movimento na história¹⁸ e sua relação com a ideologia.

Um desdobramento natural do fato da lei veio a ser a codificação, a organização dos diplomas enunciativos em compêndios, inicialmente sobre todas as matérias passíveis de regulação segundo o pensamento humano em seu tempo/espço, foi o caso dos códigos de Hamurábi, Manu, da *lei das doze tábuas*, posteriormente, do *codex iuris civilis* até o código napoleônico e finalmente, com o advento do Estado Moderno, a constitucionalização e, um pouco antes deste a especificidade do código de comércio, daí por diante códigos e mais códigos conforme as áreas metodologicamente organizadas da dogmática jurídica de cada nação.

Tarefa impossível não fazer um esboço histórico para que se demonstre a que veio a legalidade.

Ainda é comum ouvir-se falar na *lex talionis* – “olho por olho e dente por dente” – à conta de algo extremamente desumano e cruel. Em verdade, a dita lei foi um grande avanço

¹⁶ FERRAZ Jr. Op. Cit. p. 101.

¹⁷ *Idem*, Op. Cit. p. 131.

¹⁸ A parte histórica do trabalho não tem por objeto fazer uma historiografia geral do Direito enquanto fenômeno humano, nem mesmo particularizadamente, da regência comercial. Tão somente, possui espaço com vistas a contextualizar o leitor colocando-o em uma perspectiva de historicidade, de sucessão temporal e contingencial a que estão submetidos os institutos do Direito. A base para esse capítulo é a teoria da legislação de Kaufmann. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Apud. KAUFMANN, Arthur et al. (org.). Op. Cit. 57ss.

para seu tempo porque ao que se registrou a desproporcionalidade entre ofensa e *atitude reparadora*¹⁹ era aberrante. Um salto histórico até a baixa idade média, quando o senhor feudal era senhor de vida e morte, assim como o *pater familiae*, dentro do seu território. Com a alta idade média, veio a burguesia, o rumar às urbes e o despontar do absolutismo monárquico e a coexistência de sistemas jurídicos entre ordenanças, decretos imperiais, letras canônicas e outras espécies *proto*²⁰ normativas e, mais, as explicações filosóficas mais variadas possíveis sobre a legitimação do poder monárquico.²¹ O iluminismo marcou a queda da nobreza e a ascensão burguesa produzindo as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX animadas pela luta por direitos, sobretudo inspirados por argumentos jusnaturalistas e até religiosos no sentido de considerar a presença de um ontologismo entre certos direitos e o próprio conceito de humanidade. De tal luta surgiram os primeiros esboços de cartas de direitos humanos e constitucionais. Neste instante se define o império da legalidade e a elevação deste a princípio fundamental de todo o sistema jurídico oriundo da matriz romano-germânica.

A lei, neste instante histórico e às custas de muito sangue²², passou a determinar os limites do poder discricionário e soberano do Estado e dos seus agentes, tutelar os direitos e faculdades humanas, sistematizar do conhecimento jurídico, conferir segurança (jurídica) às avenças e realidades mais comuns do dia-a-dia.

Inobstante o princípio da legalidade ser sobejamente trabalhado em direito penal e tributário com os axiomas *nullum crimen nulla poena sine lege previa, certa, scripta, stricta*, e da anterioridade e correlatos, essa base axiológica comunica um profundo sentido ao sistema da *civil law*, inclusive ao tocar à mercancia, o direito empresarial.

Uma outra consideração se faz imperiosa sobre a relação entre a lei e a ideologia. Não basta que a lei exista, ela tem de ser justa. Aí seguimos a um problema fundamental do direito: o conceito de justiça e sua identidade, inconciliabilidade e possível relação com o

¹⁹ O autor preferiu grafar dessa forma pelo fato de não serem contemporâneas da *lex talionis* as finalidades da pena tão bem descritas sob o caput do artigo 59, do Código Penal Brasileiro, a reprovação e a prevenção, *in verbis*: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:”

²⁰ O autor fez uso do prefixo grego *proto*- para designar uma fase anterior à norma jurídica positiva possível de ser imposta pelo Estado moderno, à época inexistente, considerando que só pode haver norma jurídica autêntica no instante em que ocorre a organização social livre em um ente soberano estatal legítimo à cobrança real, concreta, mesmo com o uso da força, do cumprimento da lei sob o risco de esta acabar por reduzida a mero conselho. (procurar essa citação final).

²¹ Recordar-se a doutrina política do direito divino dos reis, de Jean Bodin e Jacques Bousset.

²² Para fazer menção à obra de Rudolf von Ihering: **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

direito em, respectivamente, monismo metódico jusnaturalista, dualismo metódico juspositivista e as teses contemporâneas que tocam a viabilidade de comunicação entre tais categorias²³.

A questão da lei justa é sempre urgente, uma vez que sua chancela se refere sempre num ângulo de fundamental importância que é a interferência no universo possível de condutas humanas. Lembrando que enquanto o poder público está adstrito à legalidade afirmativa, agindo exclusivamente, operando em seus agentes, segundo o que está grafado no texto legal, aos particulares (pessoas e instituições) o prisma diverge pelo seguinte argumento: o que não é proibido, permitido está.

Oportuno parece recordar as facetas positivistas delimitadas no biologismo, psicologismo, bem como nas análises antropológicas e sociológicas dos quais se serviram os positivistas para obrar as mais graves atrocidades da história humana: a escola da doutrina jurídica nazista alemã, de Kiel; ou a italiana de Lombroso. Havia direito, havia legalidade, havia a infâmia. Tudo em harmoniosa convivência, chegando até a custodiar dentre suas atrocidades a tutela de experiências *científicas* na área da medicina com humanos das formas mais vis possíveis.

Com esse argumento, chega-se ao problema do espírito da lei: a ideologia.

O que está por trás da lei, enquanto norma (que é) é o fato e o valor.²⁴ Neste instante, urge a remissão ao direito enquanto instrumento último de controle da sociedade, o que importa em afirmar que a sua causa eficiente virá a ser o falecimento das demais estruturas institucionais e normativas de controle da sociedade: família e moral, sociedade e ética, etc. Tal consideração habilita o investigador do direito à perscrutar, inclusive, o fenômeno do regresso às fontes falidas como fundamento da decisão jurídica.

Os fatos sempre são advindos de seres humanos, uma vez que não se concebe a atividade inspirada pela representação e vontade oriunda dos animais; bem como, produzidos para seres humanos, entendendo-se que são os exclusivos sujeitos de direito.²⁵ O fato ainda é a comissão e é a omissão, é o risco criado, proveito ou inevitável, o fato irresistível. O fato humano é diverso do fato natural, naquele há a determinabilidade por motivos (mesmo os

²³ *Polaridade metódica*, defendida por A. Kaufmann e W. Hassemer. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Apud. KAUFMANN et al. (org.). Op cit. p. 139.

²⁴ Recorde-se a teoria tridimensional da norma, de Miguel Reale.

²⁵ Mesmo que se considere o meio ambiente e a incolumidade física dos animais realidades impositivas, sobre as quais o homem se tem de curvar, a consideração acerca da titularidade do *direito* sempre é humana, mesmo que indiretamente sob o grifo de direito das futuras gerações e outras sentenças de significado eufêmico semelhante.

fúteis) e vontades, neste há o simples acontecimento e a impossibilidade de prever seus motivos e, a mais das vezes, suas consequências. Dentre esses fatos alguns interessarão do direito e outros não. Um problema: o que interessa ao direito se, efetivamente, a relação entre direito e valor está intimamente imbrincada, como que amalgamada?

A realidade é que o direito enquanto *ultima ratio* e controle social está ligado à concepção de um povo em condições particulares de tempo, espaço e recursos em um desenvolvimento incomparável, autônomo. O direito é um dado histórico formado e informado pelo desenvolvimento do pensamento humano e dos valores humanos.

Ora, se o direito é a alçada final (sob a premissa da imprestabilidade dos demais meios de controle social: família, moral, religião, etc. em relação a um tal ou qual quadrante das condutas humanas ou institucionais possíveis) e os valores vão se tornando juridicamente interessantes ao passo em que os outros meios de controle se mostram impotentes, quase que *modus barbara*, é lógico²⁶ que os valores que inspiram o direito e, para dizer melhor, o próprio direito e mutável, conforme as demandas humanas.

A concepção de demanda humana assistida multiplicada no tecido social é determinante e determinada numa relação dialética pelo sentido do objeto central de realização humana determinado pelas ideologias.

Assim, se a ideologia dominante vem a ser da *tolerância zero* em matéria penal, imagina-se uma maior sensibilidade do legislador em relação à violação mais tênue, primária, superficial a um bem jurídico. Do mesmo modo, se o histórico de um povo traz o flagelo do trabalho escravo, haverá um pendor mais significativo para a situação dos trabalhadores em detrimento à daqueles que efetivamente empregam. Todos os mecanismos serão envidados no sentido de proteger o objeto de custódia ideológica do ordenamento.

A ideologia é um marco político na vida social e, como tal, está intimamente ligada à noção de poder. Isso porque poder significa decisão e o exercício de tal faculdade implica, imprescindivelmente, em uma transpiração a partir do subjetivo da pessoa a quem cabe decidir. Ou seja, que decide não é uma máquina, mas uma pessoa humana, com passado, experiências, certezas, dúvidas e outras tantas categorias organizadas *in foro interno* pela ideologia a que mais se alinha provocando-lhe uma resposta concreta na perspectiva ética e moral.

²⁶ Silogismo categórico de forma típica de Aristóteles.

Assim, se é possível a pergunta se os legisladores, decididores e aplicadores da lei agem segundo ideologias? Responde-se: sim. Essa realidade ajuda a tornar mais complexas as realidades do sistema jurídico, ou ao menos sua interpretação. Ora, a consideração entre liberdade contratual de avançar juros e a tutela do crédito e, ainda, a proteção do mercado, podem ser a depender dos sujeitos e do tipo de relação interpretadas das mais variadas formas possíveis objetivamente e, muito mais com uma dose de ideologia, a qual se difunde como uma *mentalidade*, um preconceito sobre um fato ou situação.

Outro exemplo vem a ser o que se convencionou chamar em *mentalidade do fisco* em relação ao contribuinte, no Direito Tributário, da qual enfoca-se um aspecto: a inversão do ônus da prova, ou seja, não é o fisco que tem de provar a irregularidade do contribuinte, mas este de provar sua regularidade (inocência)²⁷.

Essa ideologia pode ser informada por elementos históricos, situacionais, institucionais e muitos outros sobre os quais não se tratará nesse trabalho para que não se desvie em favor da filosofia geral. O que se quis demonstrar foi que efetivamente a ideologia determina como a norma é pensada antes de ser criada, efetivada e (des)cumprida.

1.3 Pragmatismo e Legalidade: uma necessidade recíproca para a atualidade enquanto movimento.

A análise pragmática da norma repousa na efetiva usabilidade do discurso²⁸ por ela veiculado. Nesse sentido é que se afirma a forma escrita enquanto símbolo da realidade a que anela comunicar e da imprescindibilidade da oralidade enquanto catalisadora dos efeitos do discurso através da dinamicidade, interatividade e complementariedade²⁹ conferidos à

²⁷ Caso concreto: “No REsp 1.104.900, julgado em abril de 2009 pelo regime dos recursos repetitivos, a Primeira Seção firmou entendimento no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, cabe a ele provar que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN), ou seja, que não houve a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. (Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Decisão: Sócio com nome na certidão de dívida ativa pode responder à execução fiscal.** Brasília, 29/10/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107524>. Acesso em 09/11/2012, às 03h04.

²⁸ Para significar que sem a consciência do devir característico do exercício intelectual acaba-se por “bloquear o diálogo e interromper a comunicação, *raison-d’etre* do processo decisório”. BROWNE, George. Apud. BRANDÃO, Cláudio et al. (org.) Op Cit. p. 72.

²⁹ *Idem.* Op. Cit. p. 74.

contextura. Assim a análise da norma eleva-se desde o texto para a congruência com a realidade informada pelo texto, mais ainda, pelo elemento ideológico subsidiador que habilita a norma jurídica enquanto discurso fundamentante.

Com efeito, uma análise que desembocará necessariamente no fenômeno da codificação não pode ser de todo compreendida como uma atividade rotineira de um pensador positivista. Em verdade é de se comparar, no plano estético, o pensamento jurídico pragmático como um pintor de uma tela a ser emoldurada que durante os vários atos da sua confecção contou com os mais variados materiais e sortimento de cores. Para o direito essas cores são dados informados pelas ciências sociais, pela economia, pela política, pelo próprio direito, todos e outros tantos entendidos à guisa de sistemas autopoieticos, *a priori*, que se tocam e se comunicam³⁰. Dessa maneira justifica-se a necessidade pragmática da codificação da matéria empresarial de forma autônoma, de vez que os dados que a si informam divergem da atual configuração do sistema jurídico-mercantil e, mesmo, que para o natural desenvolvimento do Direito incidente sobre esse determinando quadrante da conduta humana e institucional a norma significa uma textura a somar-se a outras tantas com fins ao alcance dos seus fins últimos: a harmonização social.

Como já foi consignado, o pensamento que irradia sobre esse trabalho é o jurídico realista, pragmático, o que suscita uma caracterização sumária para que de um lado não seja o leitor privado dessa esfera, nem de outro, que o trabalho se aliene quanto a esse movimento, que ao mesmo tempo é método³¹ e pensamento.

O positivismo representa para o direito a morte do pensamento jurídico, enquanto filosofia do Direito reduzindo-a à espécie teórica, uma vez que tem por programa a lei enquanto fonte exclusiva do direito, em suas três fases quer significar o fim da metafísica e a alienação à *impureza* dos fatores que *teimam* em influir na aplicação do direito, aderindo a uma idéia e método próprio das ciências naturais.

A escola do Realismo Norteamericano, que nasceu no *Critical legal studies*, fazendo uso do pragmatismo enquanto método aduz à concepção instrumentalista ou funcionalista do

³⁰ Referência à Teoria dos Sistemas, da Sociologia do Direito de Niklas Luhman, também abordado em BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. Apud. KAUFMANN, Arthur et al. (org). Op. Cit. p. 409ss.

³¹ “O método pragmático parte de uma real inquietação do sujeito com os seus próprios preconceitos, para então eliminar falsos problemas criados pela abstração, rompendo, assim, com o pré-falado dualismo que artificialmente, cria abismos entre existência e racionalidade, teoria e ordem fática, pensamento e ação, ciência e ética, contextualizando-os e direcionando-os para uma compreensão integrada da vida social, nomeadamente para o universo jurídico, objeto desse estudo”. BROWNE, George. Apud. BRANDÃO, Cláudio et al. (org.) Op. Cit. p. 70.

direito, ao caráter indeterminado das normas jurídicas, o behaviorismo ou comportamentalismo e ao anticonceitualismo. Sobre essas idéias³² se há de deter por alguns instantes.

O direito não é um fim, mas um instrumento. Dele se serve um povo com o fito de solucionar questões que transcenderam às expectativas resolutivas nos planos moral e ético. Essencialmente, não para significar uma *natureza das coisas*, mas uma configuração contemporânea pela ordem de requisitos, tais expectativas em razão da sua relevância deixam de dizer respeito a uma pessoa ou grupo singular, interessando-se por ela o Estado, elevando-se a esse âmbito a discussão. Enquanto discussão de Estado, entendida contra este *a priori* exercida³³, e sendo dele o primeiro ônus, quando do estabelecimento da heteronomia³⁴, e o último ônus, quando da procedimentalização executória dos atos decisórios satisfativos, tais expectativas serão elevadas ao plano político. Este, por seu turno, deve ser compreendido enquanto teia de ideologias, vicissitudes, recursos disponíveis, outras expectativas transistemáticas, etc. com vistas ao alcance do núcleo ideológico³⁵ predominante (no mesmo plano político). Dessa forma, o Direito é inspirado pelos ideais políticos contingentes em função da solução de casos concretos, de geração de frutos, ao invés de mera compilação regular. Deve ser pensada a (in)determinabilidade dos discursos pretensamente universais frente a cada caso pontual para se aferir o nível de existência da meta-complementariedade e das já faladas a adequação, imunização e calibração do discurso normativo em seus aspectos relato e cometimento sob pena de pleno cabimento dos dizeres de Karl Llewelyn: “as regras

³² Essas idéias são nomeadas teses segundo a nomenclatura de BILIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

³³ Para que sejam recordadas as lições de Teoria Geral do Processo e, mesmo o texto constitucional, o qual positiva no art. 5º, XXXV, da BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

³⁴ Enquanto estabelecimento de situação de meta-complementaridade fundamentante do discurso jurídico-normativo.

³⁵ As ideologias são marcadas pelo (in)consciente psicossocial de incidência de valores, pressões institucionais, discursos alternativos e outras formas de controle, todas políticas, em um dado tempo e espaço. O que determina sua politicidade é o âmbito de incidência a ser alcançado pelo discurso, enquanto programa. Seja por um critério de novidade ou de evolução, o fato é que existe um devir nesse aspecto passível de melhor compreensão pela história descritiva do pensamento ético desde o argumento fundante consistente na pergunta “onde reside a felicidade para tal sistema do pensamento”. Nessa resposta condensa-se a causa eficiente das decisões de Estado, para ser pleonástico, no plano político, determinantes à aplicação do modal regulatório legal. Em verdade, é possível um diálogo entre os sistemas do pensamento em razão da coexistência de autores-postuladores (atualizadores e reinventores) atuais de suas causas. Para uma melhor compreensão desse fenômeno vide SGANZERLA, Arnor; FALABRETTI, Sávio; BOCCA, Francisco Veraldi (org.). **Ética em movimento**. São Paulo: Paulus, 2009.

são importantes na medida em que nos ajudam a predizer o que os juízes vão fazer. É nisso que reside a importância delas, à parte o fato de que constituem belos brinquedos”³⁶.

Ao que já se tratou, a primeira fonte do direito é a linguagem. Antes de tudo, por ser um requisito de sua existência a comunicação. A língua jamais conseguirá conter toda a expressividade com que se deseja informar uma realidade³⁷. A comunicação é um conjunto de fatores biológicos, psicológicos, sociais, lingüísticos, para citar alguns. Conclui-se com isso que a postura do leitor do texto jurígeno sempre será de investigar os sentidos possíveis da lei, da decisão, do escrito, do orado. Isso caracteriza a indeterminabilidade das regras jurídicas e, mesmo a indeterminabilidade dos precedentes das cortes ante a possibilidade real de inadequação dos ditos julgamentos precedentes em razão da não similitude fática-situacional, subjetiva e objetiva envolvidas nos julgamentos fundamentantes a serem equiparados para o estabelecimento de vínculo objetivo idôneo à configuração da incidência de um sobre o outro à guisa de discurso primário, principal, fundamentante sobre o outro, secundário, acessório e fundamentado que lhe faça seguir a sorte daquele. A indeterminabilidade do discurso conduirá o pensador pragmático do direito à análise comportamental dos aplicadores do discurso jurídico.

O comportamentalismo intenta a análise das posições dos decisores, incluindo-se até o foro interno quando possível de apreensão³⁸. Intenta, assim, programar empiricamente a criação do discurso jurídico (da norma, da decisão, etc.). Parte da premissa Aristotélica de que nada chega ao intelecto senão advindo dos sentidos, dirigindo-se a Wittgentein, quando aduz à impossibilidade de incremento de significação à realidade impassível de experimentação, de modo que busca a apreensão total da situação do/em julgamento.

O anticonceitualismo visa, em última instância, a perpetuidade da metodologia pragmática em dois prismas: a aproximação da análise jurídica dos comportamentos dos aplicadores da lei e não adstrição a julgamentos valorativos sobre tais comportamentos,

³⁶ *Apud* BILLIER *et al.* Op. Cit. p. 254.

³⁷ Sobre o assunto escreveu o poeta Augusto dos Anjos em A idéia, nos seguintes termos: “De onde ela vem?! De que matéria bruta/ Vem essa luz sobre as nebulosas/ Cai de incógnitas criptas misteriosas/ Como as estalactites duma gruta?!// Vem da psicogenética e alta luta/ Do feixe de moléculas nervosas,/ Que, em desintegrações maravilhosas,/ Delibera, e depois, quer e executa!// Vem do encéfalo abscenso que a constringe,/ Chega em seguida às cordas da laringe,/ Tísica, tênue, mínima e raquítica...// Quebra a força centrípeta que a amarra,/ Mas, de repente, e quase morta, esbarra/ No mulambo da língua parálitica!” dos ANJOS, Augusto dos. **Eu e outras poesias**. São Paulo: Martin Claret. 2000. p. 39.

³⁸ Essa tendência tem se mostrado concreta, sobretudo, em publicações institucionais, bem como de fontes jornalísticas e de observadores do mundo jurídico sobre a vida pregressa dos julgadores, sua formação, leituras, comportamentos frente a situações concretas da vida privada, inspirações, palavras-chave, etc. informações entendidas enquanto passíveis de uso via instrumentação retórica no *corpus* argumentativo com fins à geração e declaração do direito almejado.

prejudicando a elaboração ou cultura de uma teoria da justiça. Com tais programas se visa à não alienação do discurso, nos moldes do que já foi comentando sobre Büllesbach, bem como às linhas subjetivistas ultravalorativas de base emotiva, sensível, não nascidas sob o pálio racional. Parte da máxima da serventia do conceito inaplicado (a letra morta) sem procurar uma indagação profunda sobre a não aplicação concreta do conceito, à guisa de investigação infrutífera, mas segue para a o objetivo da análise, que significa a provocação de tal comportamento *ex foro externo* através de mecanismos outros quais superem em qualidade, eficiência e eficácia aquele outro falido em sua tentativa funcional.

Ao que parece, o problema da legalidade enquanto continente de um conteúdo mutável, a par do devir intelectual, também é influenciado pelo critério da historicidade, dinamizando, assim, o sistema jurídico de criação, interpretação e aplicação da norma através das ideologias, vicissitudes, cenários e contingências passíveis de análise, apreensão e alopoiese no sistema jurídico pelo viés pragmático de método dedutivo lógico de combinação fatorial com fins ao alcance do panorama integral de uso do discurso jurídico.

Superadas as questões acerca do olhar com que se observa o fenômeno da legalidade, em última instância, da codificação e da própria norma, é possível adentrar na análise pragmática conceitual e crítica da atual configuração normativa mercantil brasileira, para, adiante, reconhecer a realidade do sistema econômico-mercantil, empresarial, e intentar uma possível relação.

CAPÍTULO 2 O CENÁRIO EMPRESARIAL ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO.

2.1 O problema do conceito de problema jurídico e da cientificidade do Direito. 2.2 Análise histórico-conceitual do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro. 2.3 Análise crítica do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro. 2.4 Suscitação do mercado à lei: problema das conseqüências da regulação do sistema empresarial através da codificação.

2.1 O problema do conceito de problema jurídico e da cientificidade do Direito;

O sistema jurídico, enquanto dialeticamente determinante e determinado pelos demais sistemas coexistentes espaço-temporalmente, possui sua autonomia em razão de peculiaridades inalcançáveis por seus homólogos, sendo isso causa eficiente da sua existência ilustrada pela especialidade metodológica, instrumental e objetiva. Isso importa em atribuir ao conhecimento jurídico, por equiparação, para além da autonomia sistemática o *status* científico.

Dessa consideração emerge a questão da caracterização e conceituação do problema jurídico, enquanto objeto, extensão e profundidade, em outras palavras, indaga-se o que vem a transformar um fato/situação ordinário em interessante ao direito e até que ponto é possível dizer até que marco se estende o domínio do conhecimento jurídico, enquanto sistema identificando ao máximo essa concepção com a ciência do direito.

Com efeito, todo o problema parte da premissa metodológica de organização aristotélica do conhecimento, de estruturação, compêndio e classificação.

O objetivo desse capítulo é procurar entender de que forma a empresa em sua estrutura, atividades, *telos*, se torna interessante ao direito, cientificamente.

Ulfrid Neumann³⁹ trata da questão recordando o pensar do peripatético⁴⁰ acerca da cientificidade do conhecimento fundamentada por um objeto e um método. Objeto científico constitui o quadrante fenomenológico humano, natural, institucional passível de análise. É natural que se cogite da existência dessa categoria, afinal, ninguém pode falar sobre o

³⁹ NEWMANN, Ulfrid. Teoria científica da ciência do direito. Apud. : KAUFMANN, A. et al. (org.). Op. cit. p. 464.

inexistente, a menos que em construção nominalista ou retórica se anele à provocação de uma reação sob pena de alienação do discurso. Entretanto, não basta que exista tal quadrante, ele tem de ser passível de enclausuramento atributivamente inalterável, de modo que essa característica *per si* já provoca um problema à cientificidade das ciências humanas legatárias do devir logrado da historicidade. Adiante, o método enquanto “atividade espiritual sistemática”⁴¹ é o instrumento de que se serve o investigador para, segundo certos parâmetros, chegar ao conhecimento de realidades de forma racional, capaz de prova, verificação ou até mesmo de falsificação.

Um grandioso problema parece surgir: se a cientificidade está condicionada à inalterabilidade do objeto e a historicidade é realidade marcante evolutiva ou meramente descritiva (a rigor da incidência ou não incidência de juízos valorativos), como pode o direito encapsular um quadrante factual-sistemático extremamente mutável, a exemplo da atividade empresarial? Seria, então, de bom alvitre abrir-se mão da autonomia do sub-sistema jurídico-empresarial considerando acessório a outro ou simplesmente excluindo-o da apreciação jurídica? Seria razoável de sua apreciação furtar-se o direito deixando seu controle ao plano ético e moral individual?

Em verdade, por rigor científico, algumas das muitas questões aqui suscitadas não serão respondidas sob pena de desvio do trabalho em desfavor da filosofia da ciência (epistemologia), ao passo que se deseja um estudo de Fontes do Direito, da uniformização, codificação, estabelecimento de um controle meta-complementar provocador *ex foro externo* sob a forma de um modal discursivo jurídico relativo ao quadrante empresarial, ao menos enquanto possibilidade e análise de implicações no nível pragmático.

O dado histórico-descritivo idôneo à apreensão é a atividade profissional e habitual que reúne os fatores de produção em favor de circulação de bens ou serviços, com escopo lucrativo. O fruto da verificação da adequação de uma realidade à idéia simbolizada por esse enunciado constitui o primeiro passo para a análise dos requisitos de cientificidade do conhecimento jurídico do campo empresarial. Tudo o que compreender o domínio descrito no primeiro período desse parágrafo, em sendo verificável, em tese, é passível de continência em categoria científica. São fatos que acontecem no plano da existência suscitantes de uma postura por parte dos agentes econômicos, enquanto interlocutores do sistema. Sob a análise

⁴¹ *Idem.* p. 466.

durkheimiana do controle e não sendo nada humano alheio ao pensador do direito, este sistema não se furtaria a ser também para este quadrante *ultima ratio*.

Escambo, negócio, mercancia, ato de comércio, enfim, empresa. Bastam as expressões literais-simbólicas para significar além de uma sinonímia possível, um desenvolvimento do pensamento histórico desse quadrante já devidamente delimitado. É de se observar a mudança do foco ao redor do qual gravitavam os interesses e as investigações desde o objeto (trocado) enquanto excedente produtivo a que era atribuído valor, até o tipo de ato com um escopo rígido da legalidade em estabelecer taxativamente, *numerus clausus*, o que é e o que deixa de ser ato mercantil, para, posteriormente, consagrar a tese da atividade sob alegação de que bastaria o atendimento a alguns caracteres (com exceção de atividades convencionadamente personalíssimas) para a continência dentro do sub-sistema produtivo-econômico-empresarial a ser estudado e regulado pelo direito.

Com efeito, não se logrará resultado satisfatório para o entendimento de cientificidade e autonomia do direito empresarial se não se chegar à conclusão de que o saber jurídico é a ciência da ação⁴². Com este conceito se quer elevar a discussão para além da ciência jurídica classicamente fundada pela dogmática legal, rígida, com vistas à função instrumental do direito de controle de fatos históricos. Vale recordar o brocardo de que os fatos sempre precederão as normas. Agora, tal consideração não deve ser confundida com uma possível condenação perpétua do direito dogmático à desatualização, uma vez que não só a letra da lei representa o direito, mas também o seu espírito⁴³.

Essas premissas habilitam a discussão sobre a relação entre o conhecimento jurídico e a incidência do sistema político para sua caracterização.

Neste trabalho já se cuidou das questões da relação entre legalidade e ideologia, da politicidade do discurso jurídico, sendo bastante para o momento atribuir ao direito uma teoria científica do consenso com vistas à superação da argumentação ontológica do direito e da atribuição de valores de verdade permanente, imutável e eterna ao objeto. Essa consideração se dá em virtude da atualidade enquanto movimento e da necessidade de permanência do direito enquanto controle e estudo, o que pode ser melhor explicado da seguinte forma:

⁴² SCHWEDTNER, *apud* NEWMANN, Ulfrid. *Idem*. p. 476.

⁴³ “A parêmia *in claris cessat interpretatio*, de certa forma já “revogada” por influxo de uma crítica mais semioticamente sofisticada introduzida por alguns autores da doutrina do direito, revela a intenção por trás do esforço pela univocidade. Trata-se da pressuposição de que “dentro” da norma está guardado um significado determinado (não importa qual) que permite que se considere essa norma como um “algo” sobre que se faz a teoria refletir.” CASTRO, Torquato. *Apud*: BRANDÃO, Cláudio et al (org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 155/156.

A teoria do consenso anota o caráter do saber jurídico como disciplina argumentativa, cuja racionalidade reside na racionalidade dos seus argumentos, ou, mais exatamente, na possibilidade de examinar os argumentos jurídicos pelo padrão da argumentação racional. A teoria científica do saber jurídico desemboca, assim, numa teoria da argumentação jurídica.⁴⁴

Assim, o problema passível de estudo do direito sempre estará submetido ao império contingente da historicidade e da valoração no plano psicossocial em uma relação dialética de determinação com a política e a empresa está no centro de discussões nesse nível, pelo que adiante se demonstrará.

2.2 Análise histórico-conceitual do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro;

A análise histórica pode ser dividida em duas vertentes: descrição e conceito. Enquanto a história descritiva se ocupa da narração de fatos, suas correlações internas e com sistemas tangentes, a história conceitual visa a explicação fenomenológica de forma classificatória.

Com uma análise histórico-conceitual do sistema normativo empresarial brasileiro deseja-se apresentar ao leitor o panorama atual não exaustivo (em face das peculiaridades do sistema legislativo brasileiro) de incidência do direito sobre os fenômenos empresariais sob a forma de princípios, leis – *lato sensu* – e instituições, à guisa de diagnóstico da penetração do sistema jurídico no seu homólogo econômico e empresarial.

Pela ordem dos princípios se aduz a chaves de interpretação, integração e programa para o ordenamento positivo e para o sistema jurídico. Podem ser classificados nos níveis político, constitucional e setorial. Os primeiros se referem à concepção ideologizada dos agentes com investidura estatal com capacidade e competência decisional que estabelecem um programa concreto de incentivo e refutação a determinadas opções sob o império da conveniência e oportunidade. Esse nível, sob o influxo epistemológico de domínio da Teoria do Estado e da Ciência Política, constituem os motivos motores do poder constituinte originário, o qual terá por missão precípua a cristalização dessas moções dos subsistemas

⁴⁴ NEUMANN, Ulfried. Teoria científica da ciência do direito. Apud. : KAUFMANN, A. et al. (org.). Op. cit. Op. Cit. p. 479.

sociais catalizados pelas ideologias predominantes contingenciais através de um texto convencionalizado primeiro discurso político-jurídico fundamentante para todos os demais. Adiante, desses princípios constitucionais seguem as normas classificáveis em programáticas, de eficácia contida e de eficácia plena, pelo nível de necessidade de autoexecutoriedade e necessidade de outro discurso normativo que lhe confira eficácia no mundo factual. Por fim, os princípios setoriais referem-se a cada quadrante ou ramo por autonomia subsistêmica do direito. Com essas considerações torna-se possível falar em Princípios Gerais do Direito, Princípios Constitucionais, Princípios Setoriais do Direito Empresarial. Ainda, pelo grau de expressão textual da norma jurídica classifica-se em princípios implícitos e explícitos.

Na relação entre os princípios é possível a continência, a coroliedade e o atrito, à exemplo do que ocorre com as normas escritas. Ronald Dworkin⁴⁵ nomeia um cenário concreto nisso subsumido na análise dos *casos difíceis*, nos quais em contraposição a L. A. Hart, refere que na iminência de lacuna da lei o juiz está adstrito aos princípios, não em uma discricionariedade total.

O Direito Empresarial tem como fundamento as políticas de geração de renda e emprego, de fomento da iniciativa privada, de arrecadação tributária, de incentivos setoriais à economia, liberdade contratual, de concorrência, de associação de pessoas e capitais, de desenvolvimento sustentável.

Os princípios constitucionais, inobstante a parte que trata da Ordem Econômica, foram consolidados no texto dos direitos e garantias fundamentais sob a ordem de: legalidade, propriedade e sua função social, liberdade de associação, exercício profissional e concorrência. Adiante, a soberania nacional, favorecimento a espécies empresariais vulneráveis, defesa do meio ambiente e do consumidor.

À guisa de Princípios Setoriais do Direito Empresarial há a função econômica e o escopo de lucro, a simetria subjetiva, a relatividade, obrigatoriedade e boa-fé objetiva nos contratos, tutela de crédito, força normativa dos usos e costumes.

O rol apresentado não tem o desiderato da exauriência, até mesmo pela riqueza vocabular da língua portuguesa e a plurivocabilidade dos seus termos. Em regra, os princípios de tocam, se relacionam, instam ponderação do intérprete e uma declaração superlativa, de mitigação ou de continência.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O primeiro texto Empresarial é a Carta Constitucional de 1988, em homenagem ao sistema piramidal kelseniano, da qual já se consignou a importância.

Adiante, tem-se a Lei de Regência Genérica (Lei nº. 10.406/2002), o Código Civil, que fornece o conceito de empresário, os tipos societários, e elementos genéricos e alguns particulares das sociedades empresariais; a Lei de Introdução, do Decreto-Lei nº. 4.657/1942, que visa a ilidir o conflito normativo no espaço através do estabelecimento de elementos de conexão de competência e legislação aplicável – a norma colisional; o Código Comercial, a Lei nº. 556/1850, na sua atual configuração trata das questões de direito comercial marítimo: fretamentos, seguros, acidentes de navegação, responsabilidade civil por avarias; o Código de Processo Civil, Lei nº. 5.869/73, contém a procedimentalização das pretensões de jurisdição contenciosa especial para veiculação em lide do Direito Empresarial. Código de Processo Civil de 1939 sobre renovação de contrato de locação comercial, dissolução social e parte especial de procedimentos comerciais marítimos.

Mais, o Estatuto da Microempresa - ME e da Empresa de Pequeno Porte – EPP, Lei Complementar nº. 123/2006.

Seguem-se os Decretos de números 916/1890 sobre registro de firmas ou razões comerciais; 177-A/1893, sobre debêntures; 1.102/1903, sobre armazéns gerais; 2.044/1908, sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias; 18.871/1929, o Código de Bustamante; 19.473/1930, sobre conhecimento de transporte de mercadorias; 20.454/1931, sobre conhecimentos de frete; 21.981/1932, sobre os leiloeiros; 22.626/1933, a Lei da Usura; 24.774/1934, sobre caução de hipotecas; 24.777/1934, da emissão de cheques; 13.609/1943, do tradutor público e intérprete comercial; 40.395/1956, o regulamento dos contratos de depósito; 50.532/1961, das empresas de informações reservadas ou confidenciais; 50.631, o regulamento das companhias teatrais; 56.900/1965, o regime de corretagem de seguros; 56.903/1965, o regulamento do corretor de seguros; 57.595/1966, a Lei Uniforme de Cheques; o 57.663/1966, a Lei Uniforme de Letras de Câmbio e Notas Promissórias; 60.459/1967, regulamento do Sistema Nacional de Seguros Privados; 64.387/1969, sobre transporte aquaviário de mercadorias; 64.567/1969, sobre a escrituração dos livros mercantis; 81.871/1978, o regulamento do corretor de imóveis; 646/1992, sobre os despachantes e ajudantes aduaneiros; 1.240/1994, sobre o conflito de leis em matéria de cheques; 1.800/1996, sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins; 1.901/1996, o Protocolo de Ouro Preto – MERCOSUL; 1.902/1996, convenção interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional; 1.979/1996, convenção interamericana sobre normas gerais de

direito internacional privado; 2.018/1996, sobre restrições a propagandas de mercadorias; 2.067/1996, o protocolo de Las Leñas – MERCOSUL; 2.138/1997, da compensação de crédito; 2.411/1997, convenção interamericana sobre sentenças e laudos arbitrais estrangeiros; 2.521/1998, sobre transporte interestadual e internacional de passageiros; 2.553/1998, o regulamento da Propriedade Industrial; 2.556/1998, o regulamento da proteção da propriedade intelectual de programa de computador; 2.626/1998, o protocolo de medidas cautelares – MERCOSUL; 2.978/1999, sobre taxa processual e taxas de serviços do CADE; 3.100/1999, sobre a qualificação das pessoas jurídicas de direito privado; 3.411/2000, o regulamento do transporte multimodal de cargas; 3.602/2000, o protocolo de Fortaleza – MERCOSUL; 4.732/2003, da Câmara de Comércio Exterior – CAMEX; 4.982/2004, o Protocolo de Olivos – MERCOSUL; 6.086/2007, o Protocolo de Florianópolis; 6.480/2008, sobre Comércio e Serviços no MERCOSUL; 6.814/2008, das Zonas de Processamento de Exportação – ZPE;

Decretos-leis de números: 781/2938, sobre os portadores de debêntures; 2.627/40, das Sociedades Anônimas; 4.657/1943, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro; 5.956/43, sobre as Sociedades por Ações; 70/1966, sobre poupança, empréstimo e cédula hipotecária; 73/1066, do Sistema Nacional de Seguros Privados; 116/67, do transporte mercantil aquaviário; 261/1967, das sociedades de capitalização; 286/1967, sobre a regularização de emissões ilegais de títulos; 305/1967, sobre os livros de escrituração de operações mercantis; 366/1968, dos despachantes; 413/1969, dos títulos de crédito industrial; 486/69, da escrituração e livros mercantis; 496/1969, sobre aeronaves de empresas de transporte aéreo em liquidação, falência e concordata; 697/1969, do registro de títulos cambiários; 1.346/1974, sobre estímulos às fusões e incorporações de empresas; 1.413/1975, sobre a poluição provocada por atividades industriais; 1.477/1976 e 2.420/1988 da correção monetária;

Com esse singular exercício se desejou demonstrar a robustez e dificuldade de manuseio e operação com uma quantidade numericamente relevante de informações discursivas jurídicas com o fito de regulação da atividade empresarial, sem embargo das leis ordinárias, instruções normativas da Comissão de Valores Mobiliários, provimentos das Juntas Comerciais, do Banco Central, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, pactos internacionais, afora, ainda, a legislação não empresaria que influi diretamente no exercício da empresa, como são os casos das leis trabalhistas, tributárias, urbanísticas, ambientais, previdenciárias, penais, de consumo, as súmulas dos tribunais estaduais, federais e das cortes superiores, etc. Demonstra-se com isso, uma vasta legislação especial in(disposta) de forma esparsa.

2.3 Análise crítica do sistema jurídico normativo empresarial brasileiro;

O diagnóstico da análise histórico-conceitual do modal escrito das normas jurídicas normativas denota um sistema antigo, altamente especializado, vasto e disperso. O que significa dizer: com uma difícil operacionalização por parte das instituições reguladoras brasileiras dos fenômenos mercantis, bem como do próprio empresariado e dos membros da advocacia militante.

Ao que se pôde notar, boa parte da legislação empresarial é anterior à Constituição de 1988 e, mesmo ao modelo econômico presente, de conjugação das Ordens Econômica e Social com vistas ao desenvolvimento sustentável. A mentalidade particular da função social da empresa, do impacto positivo da atividade empresarial na sociedade estava, por exemplo, em boa parte desse decurso temporal era ofuscada pela aquisição dos direitos trabalhistas e da organização tributária em todos os âmbitos da federação, com a sofisticação dos mecanismos de fiscalização. Isso tudo, sem contar os mecanismos de regulação estatal do mérito (objeto) das mais variadas atividades empresariais através das agências reguladoras.

Assoma-se uma caoticidade ao sistema com um sem número de discursos jurídicos das mais diversas espécies legislativas concorrentes na União, Estados, Distrito Federal e Municípios que, acabam por interferir diretamente, com as ressalvas da competência constitucional, na vida da instituição, do empresário e da atividade (a empresa).

Academicamente, observa-se nas faculdades de direito a disciplina de Direito Empresarial, algumas ainda com o nome de Direito Comercial às vezes com uma única cadeira na grade curricular obrigatória, algumas mais na grade curricular eletiva, e poucos programas de especialização – tanto *lato sensu e stricto sensu* – sob as denominações de Direito Civil e Empresarial, Direito Corporativo, etc. com poucas disciplinas do direito empresarial propriamente dito.

O fenômeno da redemocratização e a organização do Estado influenciaram diretamente na academia jurídica brasileira, que passou a preferir as matérias do direito público às do direito privado, por vezes criando acirramentos entre as disciplinas e seus métodos em razão finalística de atender às expectativas do alunado quanto às carreiras públicas de provimento por concurso público.

O perfil dos acadêmicos de direito também mudou⁴⁶: aumentou numericamente, pois cresceu o número de faculdades de direito; envelheceu, possui uma outra formação que aspiram às carreiras públicas ou uma melhor colocação no ente do qual já é concursado; abarcou um maior número de pessoas advindas das periferias, em face da interiorização das instituições de ensino superior, de pessoas das classes média-baixa e baixa em razão dos programas governamentais de incentivo ao acesso ao ensino superior através de financiamentos estudantis, política de bolsas e garantia de vagas nas instituições privadas, entre outras peculiaridades.

A visão das corporações é muitas vezes desvirtuada pelo exemplo de poucos em detrimento de muitos pela mídia de massa e a indústria cinematográfica que provocam no público carente de acesso a outros modais de informação a ilusão de sequiocidade por um lucro estéril e fluido, como se não se trabalhasse e nem se investisse para sua existência, de *glamour* e esbanjamento midiático da riqueza pelos detentores do poder econômico nascido na atividade empresarial, dos *crimes de colarinho branco*, de sonegação fiscal, de corrupção cooptadora de membros do poder estatal, agentes do mais alto nível do escalão estatal, poluidora, temperamental e vil inimiga do trabalhador e dos direitos individuais e sociais. Uma falácia, para não dizer mentira.

Sem embargo de outras razões, quais elencáveis em um louvável trabalho especial sobre uma sociologia do direito empresarial no Brasil, a realidade é de desinteresse acadêmico pela disciplina de direito empresarial, não compreensão da teoria da empresa e de um pesado *marketing* contra o empresariado que influi na cristalização da mentalidade fiscal, consumeirista, trabalhista e ambiental de um corpo empresarial alienado e indiferente ao que deixe de ser lucro para si e sua corporação.

Ora, tal posição deixa o país em uma situação peculiar, para não dizer difícil, em virtude do cenário hodierno de elevação do Brasil à sexta potência econômica global, força atrativa de investimentos internacionais, aquecimento da agenda internacional comercial brasileira, refinamento dos métodos mercantis e aquecimento das relações com reflexos em todos os demais ramos do direito causados pelo interesse empresarial dos particulares. Se desse cenário o sistema jurídico se aliena e não dá uma resposta positiva no sentido valorativo e normativo, ocorrerá o direito dos juízes legisladores sumulares e uma desespecialização da

⁴⁶ Sobre o assunto, vide o artigo ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB. Brasília, 1992, 1993, 1996 e 1997.

disciplina, hoje condensada entre artigos do Código Civil⁴⁷, o que dificulta inclusive na degeneração dos princípios fundamentais do direito empresarial, como a questão da simetria dos sujeitos de direito, onerosidade da negociação, risco dos agentes econômicos, função social e lucrativa da instituição, distinção das pessoas dos sócios, acionistas, gerentes e controladores da instituição empresarial.

Tudo isso comunica aos aplicadores do direito empresarial (acadêmicos, juristas, juízes, membros do ministério público e da administração pública) uma grandiosa dificuldade digna do martírio soteriológico a manter em equilíbrio o sistema jurídico brasileiro que toca à atividade empresarial.

Em verdade, o problema chamado por Requião⁴⁸ de *dicotomia do direito privado*, traz em si o problema da consideração da autonomia da disciplina comercial. Este autor recorda a conversão do pensamento de Cesare Vivante da posição unitária para a dualista recordando que

Justifica-se a autonomia [do direito empresarial] pela diferença de método entre o direito civil e o direito comercial: neste prevalece o método indutivo; naquele, o dedutivo. O direito comercial tem, de fato, uma índole cosmopolita que decorre do próprio comércio. (REQUIÃO, 2003:20).

Recordando, ademais, que não pareceria justo atribuir a categorias diferentes (comerciante/não comerciantes) uma mesma inteligência acerca dos institutos do direito.

2.4 Suscitação do mercado à lei: problema da regulação através da codificação.

O pedido do mercado à legalidade é aquele mesmo requestado pelos sujeitos de direito compreendidos nos demais ramos do direito, enquanto área do conhecimento e sistema relativamente autopoietico: custódia.

A custódia jurídica dos institutos materiais e processuais do direito empresarial é a evidência pura da falência dos demais meios de controle social e tem por instrumento de relevante ordem a legalidade.

⁴⁷ Mister fazer referência à obra lapidar sobre a unificação legislativa: ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Novo código civil: unificação das obrigações e o novo direito empresarial**. São Paulo: Manole, 2002.

⁴⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

A legalidade possui reflexos extremamente positivos reconhecidos inclusive por nacionais de países cuja tradição jurídica é consuetudinária⁴⁹. Sem embargo da tradição costumeira mercantil, a qual deve estar cada vez mais acessível sob pena de alienação dos agentes econômicos e jurídicos relativos a tal quadrante de condutas humanas e institucionais.

Nesse período do trabalho se deseja estudar os reflexos da legalidade em um sistema jurídico e, ao final pontuar, para adiante desenvolver, algumas das necessidades empresariais que clamam ao sistema jurídico solução. Em suma, a pergunta vem a ser o que o sistema jurídico pode dar a outro (sistema) com o instrumento da codificação.

Para cumprir a primeira parte desse programa de forma exitosa insta-se pontuar as consequências surgidas na/da codificação e promover uma relação, ao menos no nível da possibilidade, com o direito empresarial.

Winfried Hassemer⁵⁰ cuida dessa matéria pontuando quatro principais aspectos: a segurança jurídica, a sistematização do conhecimento jurídico, a legitimação da decisão jurídica e, por fim a positivação do direito.

No plano da segurança jurídica, insta recordar que o direito enquanto sistema e, para tanto, relativamente autopoietico, tem de ser passível não só de cientificidade metodológica e objetiva, como organicidade e autojustificação. Ao que parece prescindir da abordagem o enredo histiográfico do império da legalidade, o que já se obrou linhas acima, recorda-se que a translação da decisão normativa, no sentido de norma jurídica, a que já se aduziu nesse trabalho, aconteceu do âmbito familiar, para o social, daí para o monarca e, na contemporaneidade, no estado impessoal e soberano. Isso significa dizer que se de um lado havia a imposição, de um outro havia uma sujeição ou submissão. Em verdade, a segurança jurídica quer comunicar é que o sistema se perpetua hermeticamente, no que lhe for possível. Recorda o requisito fundamental da não contradição (interna) do sistema ou do discurso, cristalizada em princípio filosófico e, porque não dizer também jurídico, cuja oposição nulificaria os efeitos, provocaria refutação ao sistema ou argumento pela sua ilogicidade, esta categoria compreendida enquanto elemento necessário a compreensão da ideia. Nessa esteira é possível aduzir como consequências da segurança jurídica a previsibilidade da decisão judicial, otimização do mecanismo de controle e fiscalização das condutas judicantes dos

⁴⁹ “O direito dos nossos dias depara dupla necessidade. A primeira é de uma nova compilação (Restatement) que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais. Esta é a tarefa da ciência legal. A segunda é de uma filosofia que exerça o papel de mediadora entre as exigências da estabilidade e de progresso em conflito, e forneça um princípio de evolução”. CARDOZO, Benjamin. **A evolução do Direito**. Coleção Ajuris. Porto Alegre, 1978, p. 221.

⁵⁰ Apud. KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.). *op. cit.* p. 281 ss.

magistrados e, também corrobora o princípio isonômico, ao passo que orienta os precedentes para casos de flagrante semelhança nos planos fático e técnico recordando que não pode haver duas decisões distintas para dois casos idênticos. O que, aliás, fez criar no sistema jurídico brasileiro os incidentes processuais de uniformização da jurisprudência: embargos de divergência, agravos regimentais, além dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade. O direito enquanto *ultima ratio* não pode contradizer-se e com isso corrobora a codificação, a legalidade.

Em que pese uma relação com o direito empresarial, em particular, a segurança jurídica vem sendo exercida por câmaras cíveis genéricas em boa parte dos tribunais brasileiros, à exceção de São Paulo, que comporta uma única câmara especializada. O reflexo disso é o prejuízo de princípios setoriais dessa área serem mitigados em favor do consumo, do tributo, das relações de emprego. *Verbi gratia*, se a axiologia fundante é de perpetuidade da empresa e sua função social, por que motivo se admite a resolução de pleno direito por justa causa do contrato quando uma das partes ingressa na recuperação judicial? Ora, é ilógico que no momento em que o contraente mais necessita gerar ativos tenha seus contratos, diga-se, sua fonte de ativos, encerrados de pleno direito, sem pretensão indenizatória pelo *iter* contratual remanescente. Outra questão é a da teoria da penetração ou desconsideração da personalidade jurídica e a distinção existente entre a instituição empresária e os sócios, controladores, acionistas e gerentes. Como pode o magistrado em execução trabalhista ou fiscal ordenar de plano a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária e mesmo do empresário individual, quando estes possuem o benefício da limitação à empresa de incidência do passivo por ela causado? Haveria, então, um preconceito, ou melhor, uma presunção de culpa dos agentes econômicos? O erro e o risco empresarial sem dolo, fraude ou engodo, o que é absolutamente possível em uma comunidade formadas por seres humanos, seria punível à instituição e ao seu condutor, solidariamente, sem apuração da má-fé objetiva? O que se demonstrou com esses dois singelos casos foi a mitigação do sistema jurídico empresarial em favor de outros sob uma ideologia do preconceito paternalista e fiscalista.

A sistematização do conhecimento jurídico possui um forte sentido de técnica legislativa e de transmissão do conhecimento. No que se refere à técnica legislativa, aprimora o texto e as hipóteses de incidência da lei passíveis de transferência para análise judiciosa do caso concreto. O legislador da matéria empresarial posterior terá uma base, um fundamento, um ponto de partida. Isso torna possível o estabelecimento de uma parte geral, outra especial, capítulos, títulos e remissões à legislação extravagante etc. No plano da transmissão do

conhecimento, de um lado obriga o programa acadêmico a contemplar metodologicamente cada uma das disciplinas internas do sistema jurídico empresarial, (i) da teoria geral da empresa e sua institucionalização, (ii) espécies societárias, suas atividades de circulação de bens e serviços com (iii) os títulos de crédito, (iv) teoria dos contratos e suas espécies, os auxiliares da empresa, sua estruturação em operações de fusão, cisão, incorporação, (v) regulação pelo CADE, seus bens, o fundo empresarial, até a (vi) falência e liquidação, ao menos.

No atual cenário, o código civil abarca a legislação sobre sociedades civis pretensa e exaurientemente e tipos societários, genericamente, deixando as disciplinas de falência, títulos de crédito, liquidação das sociedades integrantes do sistema financeiro, auxiliares da empresa, várias espécies de contratos, regulação pelo CADE, e outras muitas áreas do direito empresarial em legislações esparsas, sob as mais diversas espécies legislativas. O grande risco é uma não especialização do estudo da empresa como um todo em todas as suas externalidades e realidades a si inerentes. Parece que a urgência é a de que quem ministra e quem estuda as lições de Direito Empresarial compreenda que se analisa um fenômeno em magnitude semelhante ou até maior (em abrangência, de vez que pelo direito empresarial é possível chegar aos reflexos que o direito provoca no sistema macroeconômico) do que o abarcado pela vida civil ordinária contido em personalidade, estado de pessoas, obrigações, contratos civis, bens, coisas, família e sucessões. Não resta dúvida que muito se aplica da teoria geral do direito civil e mesmo das obrigações, não se anela a menosprezar o sistema, mas conferir ao sistema do Direito Empresarial a dignidade a que faz jus.

No plano da legitimação da decisão jurídica a codificação tem um papel de extrema relevância. Ela confere a todo aquele que faz uso do instrumental jurídico um discurso, *por natureza*, meta-complementar, que se impõe de forma fundamentante, originária, à guisa de ponto de partida para a edificação do microssistema sob os auspícios da interpretação e das peculiaridades do caso concreto. Como o legislador não tem como prever todo orbe de possibilidade de condutas humanas e a mutação axiológica típica do devir da historicidade, uma norma que se pretenda passível de contextualização possui mais valia a uma modalidade que se deseje eterna, imutável, parâmetro estanque fechado às vicissitudes dos sistemas em interação e dos próprios sujeitos sobre os quais gravita. A compilação codificadora produz uma suscites no discurso jurídico, uma vez que condensa, ao menos em tese, uma expectativa do legislador em face de um cenário temporal, uma doutrina, uma relação sistemática, a possibilidade da hipótese fática desencadeante do uso da norma, seus princípios etc. Assim,

ao invés de o magistrado, *verbi gratia*, precisar aduzir a uma esteira infundável de princípios políticos, constitucionais e setoriais, estabelecendo suas relações de mitigação coroliedade e superposição atritivas, ainda a interação do transsistemática, a opinião dos doutrinadores, ele se serve do texto da norma transferindo seu significado pragmático para o caso em concreto, fora dos âmbitos sintático e semântico, ou melhor, além deles. Por isso é possível dizer que “a norma codificada em si já não precisa de ser legitimada na fundamentação da decisão”⁵¹ logo, “a invocação da norma significa, então, a invocação do princípio de que a norma é portadora. A norma transporta a regra de decisão do princípio jurídico para a decisão jurídica”.⁵²

O direito empresarial é fortemente marcado pela historicidade, pela praticidade, pelo utilitarismo instrumental, o que confere a essa área do conhecimento uma velocidade e adaptabilidade às circunstâncias até incomum em outros ramos do conhecimento jurídico. Uma decisão sobre a matéria em comento tem de assimilar todos esses valores e ao que parece, a redação jurídica dotada de prolixidade, etérea, sofismática, academicista, purista, mais atrapalha do que ajuda. Para tanto basta exemplificar com a necessidade de uma decisão liminar para a liberação de uma carga perecível (alimentos, medicamentos) ou de medida cautelar de sequestro de navio, aeronave, caminhão ou bens por eles transportados para satisfazer a tutela creditícia. O tempo é um custo quantificável para esses casos, monetizável e inexorável e significa a fuga do devedor, um possível desfazimento do objeto da obrigação, o que processualmente é chamado de periclitamento do direito. Outra questão é a de que os juros e a atualização monetária, a sobreestadia, capatazia, tarifas (aero)portuárias, bancárias e outros ônus decorrentes do sistema financeiro, empresarial, tributário, aduaneiro, etc. não cessarão para esperar por uma decisão jurídica.

Niklas Luhmann, em sua sociologia do direito, refere-se ao sistema jurídico enquanto instrumento de transformação da sociedade em razão da expectativa social por si veiculada, que de um outro lado é o que informa a contextura do próprio sistema em uma comunicação dialética inexorável. A positivação do direito é a cristalização das expectativas sociais sobre a matéria interessante ao direito. Cuida-se de um parâmetro mutável e adaptável às circunstâncias dos agentes econômicos (Estado, empresários, instituições empresárias, atividade empresarial, consumidores, trabalhadores, etc.), das situações econômicas (recessão, crescimento, etc.), das situações naturais (catástrofes, cataclismas, inundações, furacões,

⁵¹ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico codificação: a vinculação do juiz à lei. Apud. KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2ª edição. Tradução de M. Keel e M. S. Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 288.

⁵² *Ibidem*.

clima), situações políticas (golpe de estado, guerra, anarquia, estado de defesa, sítio ou segurança, ainda, fragilidade institucional), de características regionais (rurais, urbanas), do nível econômico da atividade (extrativismo, agricultura, pecuária, indústria, comércio, serviços), as peculiaridades tecnológicas e das relações transistemáticas.

A positivação para o Direito Empresarial significa a existência de um marco referencial que é informado e infla a segurança jurídica e das operações mercantis ao informar que a lei brasileira é aplicável a tais casos, sob tais ou quais rubricas, com tais e quais peculiaridades. Ao que se aduziu, em um sistema aberto à interação e à elevação das questões ao nível pragmático, em nada a positivação vem prejudicar. Pelo contrário, em muito contribui.

3 CODIFICAÇÃO E CONFLITO TRANSISTEMÁTICO NORMATIVO EM MATÉRIA MERCANTIL: ANÁLISE PRAGMÁTICA DOS FENÔMENOS.

3.1 Ideologias econômicas, a regulação estatal e os fins sociais enquanto expectativas interativas com o direito empresarial. 3.2 Pragmática da necessidade do sistema empresarial: análise conjuntural. 3.3 Codificabilidade do Direito Empresarial.

3.1 Ideologias econômicas, a regulação estatal e os fins sociais enquanto expectativas interativas com o direito empresarial.

Ao aproximar-se o fim deste estudo e após ter passado pela idéia de legalidade, de codificação, da ideologia que as inspira, das peculiaridades do sistema econômico mercantil presentes no cenário atual, emerge a necessidade de análise do interesse do Estado em regular tal matéria, do fundamento de tal interesse, para poder adentrar às perspectivas de futuro do subsistema em debate, da sua autonomia legislativa, para ao final analisar as categorias inerentes à codificabilidade do direito empresarial no Brasil.

O objetivo desse item é aludir às principais ideologias econômicas tentando estabelecer uma relação entre tais categorias e a intelecção de norma que ensejam. Penetrar na seara das filigranas de cada concepção, metodologicamente, parece aqui arriscado, para não dizer audacioso, sob pena de extravio do objeto do trabalho. Em verdade se deseja mostrar que economia e prestação social são interesses supraindividuais e que o direito deve interagir com as expectativas econômicas e sociais determinadas pela política de Estado.

Com efeito, a causa eficiente da análise pode ser posta em algumas perguntas: até onde vai o interesse do Estado econômico? Até onde vai o interesse do Estado social? O que determina o interesse do Estado? É possível uma conciliação entre os planos de desenvolvimento econômico e desenvolvimento social? E, finalmente, como essas concepções interagem com o sistema jurídico?

Da queda do absolutismo monárquico e a ascensão da burguesia constam como ponto ápice as revoluções liberais do século XIX, o código napoleônico, a declaração dos direitos do homem e outras tantas iniciativas proclamadoras da liberdade, igualdade e fraternidade, da autonomia da vontade, da relatividade e obrigatoriedade dos contratos. Enfim, a instituição milenar contratual logrou seu maior momento, de modo a em algumas situações

até parecer contraditar com o entendimento vigente de ordem pública e supremacia do interesse público.

Lateralmente, após algum tempo, não se olvidará o fenômeno das revoluções industriais⁵³, a ascensão do capital, as degradantes condições de trabalho, os malefícios da atividade industrial ao meio ambiente. Em suma, as externalidades⁵⁴ advindas da atividade mercantil moderna.

Cuida-se de um postulado aristotélico e tomista de que as realidades clamam uma postura daquele que as contempla. No plano individual, *in foro interno* dá-se o plano moral, adiante o plano ético, cuja diferenciação não interessa a esta investigação; entretanto as instituições são corporificadas por homens e também são sistemas em relação. O Estado é uma instituição. Com as ressalvas doutrinárias acerca dos conceitos de moralidade e eticidade do Estado, sua única diretriz é a do Direito circunscrito no restrito cumprimento do elemento comunicacional da norma: fazer o que dita a lei. Assim, o Estado e o Direito devem ser compreendidos como realidades autônomas de meta-complementariedade e submissão deste àquele enquanto método necessário à sua subsistência.

O problema, então aduz à postura que deve ser tomada pelo Estado frente aos sistemas econômico e social. O direito é um instrumento do Estado para a redução das complexidades e maximização dos recursos, no sentido de melhor aproveitamento destes. Surge a ideia de desenvolvimento sustentável, entretanto muito antes disso se concebeu (no sentido histórico, porque até hoje, se postula no mesmo sentido) uma visão de estado mínimo, de supervalorização da autonomia privada sob o crivo do movimento chamado de liberalismo econômico, de Adam Smith. Nesse modelo, ao Estado caberia exclusivamente tutelar o mínimo exigível para sua caracterização soberana, autônoma, incontestável e demais categorias típicas por demais bem aduzidas pelo Prof. José Afonso da Silva. Adiante, há que se recordar o materialismo histórico de Karl Marx, que aduz ser o direito um produto do querer da classe capitalista dominante, operando a redução do sistema jurídico ao ditado oligopolista da classe regente do sistema social. O Estado, então, passaria a se interessar por todos os setores da vida humana e social, provendo todas as necessidades e vicissitudes, quase que teologicamente remetendo-se a uma imprópria idéia deílica. Nesse espaço, a autonomia privada é sempre mitigada em favor da disponibilidade universal dos bens e da quimérica

⁵³ Para fazer frente à idéia não de fases da revolução industrial, mas de vários fenômenos passados em locais diversos e segundo sofisticação tecnológica igualmente diversas.

⁵⁴ Com esse verbete alude-se às situações, desencadeadas logicamente de um determinado fenômeno. Cuida-se de um termo particular do estudo da economia.

simetria desejada para os sujeitos de direitos e agentes econômicos. Em verdade, só haveria um agente economicamente ativo: o Estado, uma vez que aos demais seria dado o papel de mitigação ante os interesses do próprio Estado em favor de uma ideologia interna política oligopolista de fundamentos indeterminados. O neoliberalismo econômico intenta a tutela de bens públicos por particulares, estes, instrumentos de alcance do Estado, dos seus objetivos. Possível remissão ao modelo de pessoas privadas prestadoras de serviços públicos e ao fenômeno da privatização.

A verdade é que entre estado mínimo e estado máximo, a ideia de John Maynard Keynes parece equalizar as pretensões Sociais e Econômicas do Estado. A esse respeito, célebre exemplo do professor José Afonso da Silva quando aduz à necessidade de o Estado mover a economia nos termos de que deveria ser empreendida mesmo que fosse para contratar homens para escavar um buraco em solo e depois para aterrar a área escavada para gerar trabalho, renda, circulação dessa renda, serviços, negócios jurídicos, etc.

O fato é que o Estado após a chamada a si da responsabilidade do *status* do *welfare state*⁵⁵ majorou-se a sua compreensão de prestação de serviços à população, compreendendo inclusive por essenciais alguns desses serviços e de acesso universal com compromissos firmados até internacionalmente, como saúde, habitação, segurança, previdência, assistência social. O que não pode sair de foco é que esse *necessário* dispêndio monetário vem de algum lugar, de alguma fonte: a atividade dos indivíduos e das instituições. Quem gera riqueza para o país é a iniciativa privada, a empresa. Agora resta estabelecer a relação entre a instituição empresária, o Estado e os domínios social e econômico.

Tratou-se das principais ideologias econômicas e do que move o Estado a esta ou aquela conduta enquanto agente econômico. A instituição empresária enquanto constituída em uma determinada base territorial está submetida à jurisdição do Estado e ao que se entenda ideologicamente por ordem pelos agentes ativos do Estado. Dessa forma, chega-se à conclusão de que é impossível que as políticas públicas sociais e econômicas de alguma forma não tenham relação direta com a instituição empresária.

Em que pese a necessidade de exemplo. O Estado define a tutela do consumidor estatuidando a não simetria dos agentes, ou seja, uma sempre fragilidade e hipossuficiência presumida da parte consumidora, com reflexos processuais na matéria de provas e relativização dos princípios processuais, empresariais e civis em favor do consumidor. Quanto

⁵⁵ Que significa: bem estar social.

à matéria trabalhista, se entende que o trabalhador deve ser pessoa humana com as dignidades que a lei lhe conferir, assim, não só tem direito ao trabalho e à paga do salário mensal, mas a uma gratificação anual (natalina), um salário a mais e mais um terço deste para o mês de férias, também anuais, licenças, estabilidades, equipamentos de proteção, presunção de fragilidade do trabalhador frente ao empregador, até se chegar ao acinte de obrigar a empresa a custear o diagnóstico de exame de próstata para os trabalhadores e, na hipótese positiva, custear-lhe também o tratamento psicológico. Ao falar-se em planos e convênios de seguro saúde, ainda recordando a questão de consumo, se supõe a solidariedade de responsabilidade de todos os agentes econômicos envolvidos direta ou indiretamente no fato de consumo, desde os corretores, co-corretores, agentes, hospitais e profissionais, sem descuidar de que o poder judiciário vem entendendo que o fato de a pessoa ter um seguro ou plano dessa espécie faz da empresa prestadora um estado paralelo para a pessoa, de modo que a administração pública se exime do custo do tratamento de tal moléstia e, por liminares se ordena internações, prestação em medicamentos, a mais das vezes, de valores elevados. Na seara tributária, sistemas e mais sistemas de cruzamentos de dados entre unidades tributantes, em relação ao estoque, em regimes tributários especiais de antecipação, de retenção na fonte, de pautas fiscais, etc. Tudo isso acontece em um mesmo Estado, comunicando sistemas diversos em uma interação intensa.

As instituições empresárias são quem efetivamente pagam a conta desse desiderato de prestação social, sem muitas vezes, encontrar contraprestação. Ao lado dessas expectativas encontram-se as atividades pendentes de particular regulação pelo Estado em razão da Segurança Nacional, Ordem Pública e tantos outros conceitos vagos e imprecisos que dentre os principais prejuízos causados ao sistema tem o malferimento constante ao princípio da hierarquia das normas, do devido processo legal, da mora da administração. Isso, sem falar no que se entende na linha concorrencial quanto ao controle de condutas e estruturação dos agentes econômicos.

Dessa forma é que as políticas fiscais, monetária, sociais e econômicas esbarram na instituição empresária, a qual muitas vezes encontra verdadeiros entraves ao crescimento e à sua internacionalização em razão da grande onerosidade causada à sua atividade pelas prescrições Estatais, que diminuem a competitividade frente ao mercado internacional, a margem de recursos disponível para investimento em tecnologia e a especulação do capital virtual em bolsas e programas de investimento estrangeiros desindustrializando o país, enfraquecendo seu parque tecnológico, descapacitando mão-de-obra até que venha um

movimento de reaquescimento e que se vá buscar tudo de fora, mais uma vez, em prejuízo do sistema interno. Tudo leva a compreender a urgência de mudanças e reformas.

3.2 Pragmática da necessidade do sistema empresarial: análise conjuntural.

Há algumas linhas acima se dissertou acerca do que a legalidade através da codificação é capaz de provocar em um sistema regulado. Agora se tratará de algumas demandas do sistema empresarial que demandam do sistema regulador uma postura. Com um fito esclarecedor e por demasiado didático Arnoldo Wald⁵⁶ tratou de algumas dessas demandas, às quais adiante serão pontuadas e relacionadas com a codificação do direito empresarial brasileiro. No texto anexo, o de Vivante, são apontados três motivos justificadores de sua *conversão* ou retorno ao postulado da autonomia legislativa do Direito Empresarial – bipartição do Direito Privado – são elas: a disciplina dos títulos de crédito, os negócios à distância e os negócios em massa.

Não entendia Vivante, a seu tempo, como adaptar uma legislação (com uma alma subjacente) extremamente formalista, pessoal e individual a necessidades como a flexibilidade, a velocidade e a quantidade. Isso na época da unificação do Direito Privado.

O rol que adiante se segue, é conduzido pela mesma motivação: a de demonstrar a real necessidade de um subsistema forte que garanta segurança ao quadrante de condutas humanas regulado e, ai, a autonomia legislativa do Direito Comercial, já que quanto ao método e objeto não restam controvérsias.

As questões levantadas são em número de sete: a integração do Brasil a economia internacional; fenômeno dos conglomerados e parcerias empresariais; reformulação do controle das empresas; especialização de profissionais direcionados às questões de empresa; terceirização; controle partilhado e a criação da cultura empresarial através da difusão de informações.

A primeira questão traz um problema deveras interessante sobre a lei no espaço, uma vez que falar-se em projeção do Brasil no cenário internacional, para o sentido econômico,

⁵⁶ WALD, Arnoldo. O Espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. Revista de direito constitucional e internacional RDCI 13/1995. Apud. WALD, Arnoldo (org.). **Direito empresarial: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36/37.

significa um crescimento quantitativo de relações comerciais com pessoas e instituições de outros países. Tal disposição pode ter acontecido em razão da exportação cultural, que atraiu os olhares dos investidores para as riquezas nacionais, bem como pela difusão da rede internacional de computadores, a internet. Nessa seara, há que atentar não só para as nuances jurídicas do seu país, o Brasil, mas para o sistema internacional e até para o sistema interno jurídico e até religioso de certos países. Não prejudica a exposição exemplificar a licitude do consumo de maconha em países nórdicos, como a Noruega. Logo, sendo possível a realização de negócios jurídicos com este objeto. O que viria, então, a significar a necessidade de transbordo desse tipo de carga para um navio de bandeira brasileira, o qual rege-se por leis brasileiras, dentre as quais encontra-se a previsão de ilicitude para tal espécie herbácea? Ou então que se fale em navio de bandeira israelense comerciando em área palestina. O fato é que o trato com pessoas de outros países cobra uma uniformização procedimental e, inclusive, de âmbito de discussão de questões de segurança mercantil e jurídica. Desse fato não se alienou a Organização das Nações Unidas, a qual estatuiu a Organização Mundial do Comércio com o fito de harmonizar as relações comerciais internacionais. De outro lado a internet acelerou e aqueceu as relações comerciais, conferindo-lhes maior celeridade em meio a uma maior variedade qualitativa e quantitativa de bens e serviços.

O direito empresarial forte enriquece e fortalece as relações comerciais envolvendo pessoas e instituições domiciliadas em países diversos. A conhecida venda sobre documentos triangularizada por uma instituição financeira bancária confere maior segurança a comprador e vendedor. Nesse mesmo diapasão, surge a questão dos Termos de Comércio Internacional – INCOTERMS 2010⁵⁷ que estabelece marcos regulatórios para a existência e extensão de

⁵⁷ Caso concreto: “TRANSPORTE INTERNACIONAL. ISENÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.858/1999. SERVIÇO CUSTEADO POR EMPRESAS BRASILEIRAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 7º da LC 70/1991, antes da edição da MP 1.858/1999 (hoje MP 2.158-35/2001), estabelecia a isenção da Cofins para as receitas decorrentes "de vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, realizadas diretamente pelo exportador". 2. In casu, a recorrente pleiteia o gozo do benefício fiscal nas hipóteses de: a) exportação – é contratada por empresa brasileira para realizar serviço de transporte de cargas para o exterior; e b) importação – é contratada por empresa estrangeira para realizar serviço de transporte de cargas para o Brasil, independentemente de ser utilizada a cláusula CIF (cost, insurance and freight, por meio da qual o vendedor suporta os ônus) ou FOB (free on board, em que as despesas de frete correm por conta do comprador). 3. No caso de exportação, o transporte de cargas para país estrangeiro, quando contratado e custeado por empresa nacional exportadora (cláusula CIF), não pode ser caracterizado como "venda de serviços para o exterior", pois a operação se dá no mercado interno. 4. Aplicando-se a mesma premissa do item anterior aos casos de importação – em que a recorrente foi contratada por empresas estrangeiras para transportar cargas para o território brasileiro –, conclui-se que é imprescindível saber, em cada situação, se o frete foi pago pela empresa exportadora estrangeira (CIF) ou pela importadora brasileira (FOB), pois somente no primeiro caso haveria venda de serviços ao exterior. 5. Correto o acórdão recorrido, que, ante a ausência de provas de que o custo do serviço foi suportado por empresa domiciliada no exterior, indeferiu a

custos e responsabilidade entre comprador e vendedor. Esse recurso pára-normativo vem da dos costumes mercantis, também fonte de direito⁵⁸⁵⁹. Uma boa pergunta a se fazer vem a ser a seguinte: se tal tradição já se encontra tão consolidada, qual o motivo pelo qual não se

pretensão da parte. 6. Recurso Especial não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Isenção tributária dependente de INCOTERM. REsp 1095832 / SC. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. J. 25/08/2009. p. DJe 31/08/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=FOB&b=ACOR> acesso em 10 de novembro de 2012)

⁵⁸ Caso concreto: “2. Portanto, a redução do valor da mercadoria consistiu em prática que não discrepa dos usos e costumes verificados nas relações mercantis, em que é usual a concessão de desconto àqueles que adquirem produtos em grande quantidade, não tendo, por si só, o condão de despertar legítima expectativa de direito”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 915130 / RS. Costume mercantil. Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. J. 19/04/2012. p. DJe 15/05/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=costume+mercantil&b=ACOR> acesso em 10 de novembro de 2012)

⁵⁹ Com a cautela de que não se necessite abrir espaços para a análise de precedentes, fato que desbordaria dos objetivos dessa pesquisa, oportuniza-se ao leitor o acesso a partes de textos de julgamento de matérias interessantes a esse estudo. No precedente seguinte, do qual é mister citar o ementário por completo há evidência do conflito intrassistemático no Direito Privado, senão vejamos: “Comercial. Recurso especial. Ação de cobrança. Prestação de serviço de transporte rodoviário. Cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo. Cobrança originada por atraso no desembarço das mercadorias no destino. Discussão a respeito da responsabilidade do contratante pelo pagamento das 'sobrestadias'. Requerimento de produção de prova testemunhal para demonstração de costume comercial relativo à distribuição de tal responsabilidade. Natureza dos usos e costumes mercantis. Sistema de registro dos costumes por assentamento nas Juntas Comerciais. Costume 'contra legem'. Conflito entre duas fontes subsidiárias de direito comercial (Lei civil e costume comercial) no contexto relativo à vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916. - Atualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis. Impertinente, portanto, a alegação da recorrente no sentido de que nenhum regulamento portuário indica ser de responsabilidade da contratante do serviço de transporte o pagamento das eventuais 'sobrestadias', pois não cabe a tais regulamentos consolidar usos e costumes mercantis relativos ao transporte terrestre de bens. - Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume. - Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal. - Da simples autorização para produção de prova testemunhal não decorre, automaticamente, qualquer imputação de responsabilidade a uma das partes. Trata-se apenas de, uma vez demonstrada a existência do costume, tomá-lo como regra jurídica para a solução do litígio. Tal solução, porém, dependerá ainda da verificação da subsunção do suporte fático àquele comando, em atividade cognitiva posterior. - A adoção de costume 'contra legem' é controvertida na doutrina, pois depende de um juízo a respeito da natureza da norma aparentemente violada como sendo ou não de ordem pública. - Na hipótese, não se trata apenas de verificar a imperatividade ou não do dispositivo legislado, mas também analisar o suposto conflito entre duas fontes subsidiárias do Direito Comercial – quais sejam, a lei civil e o costume mercantil, levando-se em conta, ainda, que a norma civil apontada como violada - qual seja, o art. 159 do CC/16 - não regula, de forma próxima, qualquer relação negocial, mas apenas repete princípio jurídico imemorial que remonta ao 'neminem laedere' romano. - Especialmente em um contexto relativo ao período em que não havia, ainda, ocorrido a unificação do direito privado pelo CC/02, é impossível abordar o tema de forma lacônica, como se fosse possível afirmar, peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume comercial em face de qualquer dispositivo da Lei civil, ainda que remotamente aplicável à controvérsia. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 877074 / RJ. Conflito entre norma civil e norma empresarial. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. J. 12/05/2009. p. DJe 17/08/2009. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=costume+mercantil&b=ACOR acesso em 10 de novembro de 2012)

normatiza, juridicamente falando? Além da sua serventia para a economia interna, para tanto basta observar o ambiente do transporte rodoviário de cargas dentro do Brasil mesmo.

O presente das empresas é a parceria comercial, a criação de conglomerados econômicos, sociedades de finalidade específica, alianças. Isso significa uma predisposição do empresariado para colaborar reciprocamente para o alcance de um objetivo em comum. Aqui há dois elementos interessantes: as parcerias entre empresas e os conglomerados⁶⁰. É possível que não tenha havido até o presente momento outro sinal tão eloqüente sobre a necessidade de modernização da lei comercial brasileira quanto a realidade das parcerias interempresariais, isso porque se de um lado existe uma necessidade material entre ambas em relação a um objeto comum, de outro há a necessidade de permanência de tal vínculo, o que gera parceiros comerciais de décadas de operação conjunta. Essa realidade envolve prestações recíprocas (quando uma presta à outra) ou complementares (quando uma se serve da outra para realização do seu objeto). Os conglomerados são uma excelente alternativa para a governança racional dos recursos empresariais. Não só é atraente do ponto de vista tributário, mas empresarial, primeiramente, porque consegue ordenar o exercício simultâneo de várias atividades por instituições empresariais diversas, com a vantagem do controle centralizado. Diverge as parcerias comerciais porque enquanto lá há uma relação de simetria entre os agentes econômicos, nas *holdings* existem empresas controladas e uma controladora com a missão de gerir racionalmente os recursos maximizando-os.

A realidade de um direito empresarial autonomamente codificado e sistematizado é flagrante, primeiramente pela incursão dos princípios e interpretações setoriais próprias do direito empresarial, sem confusão com as questões consumeiristas e mesmo as questões puramente civis; depois pela regulamentação dos institutos contratuais típicos empresariais, hoje estudados de forma imprópria, por analogia, do que se encontra no código civil. Com a graça do exemplo enquanto o direito civil fala em empreitada e gestão de negócios alheios, o sistema mercantil clama por contrato de EPC. Além de outros exemplos ainda não regulados e estudados a contento em razão desse entendimento de submissão do direito empresarial ao direito civil ordinário, como se nota no contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil e na faturização. Quanto aos conglomerados, mais se sabe por reflexos da doutrina trabalhista e tributária do que propriamente empresarial, o que tem levado a muitos escritórios de

⁶⁰ FORGIONI trata das três espécies contratuais interempresariais com um esmero digno de louvor, são eles: intercâmbio, sociedade e parceria. Vide FORGIONI, Paula A., **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

advocacia a dar início a uma verdadeira campanha de conscientização da população sobre as *holdings* familiares e possibilidades de blindagem patrimonial.

Com a função social da empresa se entendeu que não mais poderia permanecer o império da maioria⁶¹. Ora, o controle empresarial também deve ser tomado por aqueles que inobstante pouco tenham contribuído para a constituição da sociedade empresária e realização do seu objeto, tendo nele acreditado, nele se inscrito, nele investido. Ganha, então cada vez mais destaque a governança corporativa e as capacidades individuais de redução e solução extrajudicial de conflitos⁶².

O direito colabora com essa realidade através da arbitragem na vida da empresa, seja societária ou contratual, do princípio da preservação da empresa e da liberdade e relatividade contratuais. A positivação de institutos redutores de conflitos elevam a uma categoria especial o parâmetro da conciliação e da conjunção de esforços.

Com base na otimização da gestão empresarial tem ganho relevo as figuras dos consultores, auditores, advogados e outros profissionais potencializadores da performance empresarial.

O bem causado pela especialização de profissionais na matéria de empresa só tem a contribuir com os agentes econômicos e os interesses da sociedade e, no que pese falar do ângulo jurídico, evita a distorções contratuais e de interpretação da atividade empresária, uma melhor gestão de processos internos e compreensão dos reflexos jurídicos das condutas dos agentes econômicos. Dessa forma a empresa não só estará apta a enfrentar questões judiciais, bem como a evitá-las através do trabalho preventivo. Ademais, o *advogado de empresa* para além das noções gerais dessa área do direito, penetra junto aos demais colaboradores externos no que lhe pertine, à legislação especial relacionada aquele objeto exercido, colaborando com a atualização dos processos internos de gestão. Essa especialização profissional oportuniza o *know-how* ou *savoir-fair*, disciplina tanto a empresa, quanto os profissionais que lhe prestam serviços naquilo que, por presunção mercantil, deve ser atividade profissional organizada⁶³.

Retoma-se a questão das parcerias interempresariais com o fenômeno da terceirização de atividades secundárias ao objeto empresarial não só com limpeza,

⁶¹ Foi elevado à categoria de Princípio o respeito às minorias acionárias.

⁶² Autocomposição, mediação e arbitragem.

⁶³ Sobre o assunto merece relevo para além da especialização das varas de falência e recuperação judicial, inspiradas pela lei nº. 11.101/06, no Estado de São Paulo o Poder Judiciário promoveu alteração na sua organização instituindo não só novas varas especializadas em Direito Comercial, como Câmaras de Direito Comercial. (**Segurança Jurídica: Câmara Empresarial será instalada no dia 30 no TJ-SP**. Revista Consultor Jurídico, 22 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/camara-direito-empresarial-instalada-dia-30-tj-paulista>> acesso em 10 de novembro de 2012)

conservação, segurança, mas também com gestão da informação e de recursos disponíveis e de rede de computadores. A realidade de transferência para terceiro de determinada atividade da empresa, diversa, do núcleo do objeto social sob contraprestação pecuniária muitas das vezes significa redução de custos com mão-de-obra especializada e sem vínculo empregatício, com consectários legais de praxe. Entretanto, ainda há a necessidade de um estudo aprofundado sobre a matéria no que diz respeito à repercussão das responsabilidades tributárias e trabalhistas, sobretudo. A mais das vezes criam-se confusões sobre exclusividade, solidariedade, subsidiariedade, sucessão e responsabilidade pela inobservância de erro de terceiro⁶⁴.

Mais uma vez a disciplina contratual particular do direito empresarial é mister para a manutenção do status de regularidade da relação avençada, sem prejuízo das modernas estipulações e o uso da rede mundial de computadores⁶⁵ para realização das avenças e cumprimento das obrigações, na qualidade de custódia destas e do próprio meio pela qual se realizam.⁶⁶ Uma auditoria contratual promovida por profissionais especializados evita transtornos mais graves que repercutam em outras searas nas quais a empresa por presunção é prejudicada frente a tutela de interesses do hipossuficiente ou do Estado.

No quadro pintado pelo professor Wald, há ainda, a figura da perpetuação das empresas familiares. Dúvidas não restam de que seu maior risco é a confusão de papéis e de capital, o que não importa em afirmar sua inviabilidade *a priori*. Aqui vai uma demonstração

⁶⁴ Caso concreto: “DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇO. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DO PRESTADOR. NECESSIDADE. TERCEIRIZAÇÃO. REQUISITOS. 1. O tomador de serviço somente será objetivamente responsável pela reparação civil dos ilícitos praticados pelo prestador nas hipóteses em que estabelecer com este uma relação de subordinação da qual derive um vínculo de preposição. 2. A terceirização pressupõe a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ausentes a pessoalidade e a subordinação jurídica. 3. Na terceirização de serviços, os empregados da terceirizada não devem estar sujeitos ao poder de direção da terceirizante, sendo possível entrever, na perspectiva do tomador do serviço, a incompatibilidade entre terceirização e preposição, isto é, quem terceiriza não pode manter os funcionários da terceirizada sob sua subordinação jurídica. 4. A subordinação jurídica se dá sempre frente à empresa prestadora do serviço, responsável pela admissão, demissão, transferência e comando de seus empregados. A subordinação técnica, por sua vez, pode ocorrer também frente ao tomador do serviço, que dá ordens técnicas de como pretende que o serviço seja realizado. 5. Recurso especial a que se nega provimento”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1171939 / RJ. Terceirização. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI. J. 07/12/2010. p. DJe 15/12/2010, REVJUR vol. 398 p. 143, REVJUR vol. 399 p. 141. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=terceiriza%E7%E3o&b=ACOR> acesso em 10 de novembro de 2012)

⁶⁵ Aliás, sobre o tema vide SCHNEIDER, Jochen. Processamento eletrônico de dados – Informática jurídica. Apud. KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2ª edição. Tradução de M. Keel e M. S. Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 547ss. Capítulo que trata da interferência da rede mundial de computadores no ambiente jurídico.

⁶⁶ Sobre o assunto, conferir: Garcia Júnior, Armando Alvares. **Contratos via internet**. 2ª Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

da interação entre os motivos: a possível necessidade de um profissional da área de administração de empresas, com o fito de equalizar as pretensões dos agentes envolvidos no negócio e conferir um aspecto racional, frio e técnico na condução da atividade.

O fortalecimento do direito empresarial igualmente cobra a consultoria a ser dada a esses grupos sociais fechados que distingam as pessoas de direito, suas funções e papéis, o risco presente na confusão destes, bem como na mediação de conflitos e arranjos societários.

A governança corporativa a que já se aduziu neste trabalho fecha o sétimo item da análise do professor Wald ao aduzir à mudança de paradigma do autoritarismo para o diálogo e a consensualidade.

Nessa matéria é rico o direito societário e, mesmo, o falimentar. Não é de hoje que se trata da dificuldade de gestão de grupos humanos, muito menos quando este está animado pela ideia de lucro e, às vezes de interesses que vão além disso. O direito nessa área tem de ensinar que a subsistência da empresa se deve à unidade de desígnios livres para a realização de uma atividade para a qual convergem os fatores de produção administrados profissionalmente, com vistas à habitualidade e da qual o lucro e o *status* social de empresário são meras consequências e não uma vaidade.

Como é possível apreender há uma série de situações reais, fáticas, atuais que clamam do sistema jurídico respostas. A questão não vem a ser se um corpo organizado de leis, como com a codificação, conseguirá responder a todas elas, mas sim se em lugar dessa ideia de código se falar que tal diploma sedimenta um sistema forte de direito empresarial, esse sim capaz de responder através de bases principiológica, histórica e doutrinária próprias.

3.3 Codificabilidade do Direito Empresarial.

Na última secção deste trabalho, deseja-se fazer frente a duas realidades, falando-se em possibilidade de codificação do Direito Empresarial de forma autônoma, uma material e outra formal, fazendo ressurgir a ideia convertida de Vivante sobre a bipartição do Direito Privado.

Na perspectiva material há que se perscrutar a existência de problemas jurídicos, logo sobre o interesse do sistema jurídico incidente em fatos humanos e institucionais. A *posteriori* há que se analisar a possibilidade formal de compilação e organização.

Ao que parece, a matéria empresarial a cada dia que passa cresce mais e mais. Se nos cursos clássicos se abordava uma teoria histórica da empresa, o patrimônio empresarial e títulos de crédito à guisa de matérias que exauriam o interesse do estudo, hoje foram criados verdadeiros microssistemas interessantes ao direito empresarial, como é o caso da regulação dos bancos, do mercado de capitais, do controle de conduta dos agentes econômicos, o crescimento da complexidade da matéria de contratos, o advento de um número cada vez maior de títulos de crédito impróprios, sem falar dos arranjos contratuais modernos.

Com efeito, nota-se que não só há a ser regulada, mas muita matéria – sem contar da especificidade de cada objeto empresarial – dos auxiliares da empresa, da propriedade industrial e mesmo, das realidades interessantes ao comércio internacional.

Formalmente depara-se com um desafio a enfrentar: a práxis da compilação. Em verdade, o trabalho que clama por codificação diretamente relaciona-se com o desiderato de autonomia da disciplina e de fortalecimento de um subsistema jurídico. O que não significa dizer que, necessariamente, toda a lei mercantil será condensada em mais de dez mil possíveis artigos de um possível Código da Empresa ou empresarial, mas que haja em um *corpus* as prescrições genéricas aduzindo *in rubricam* à legislação especial.

Um outro problema vem a ser o da coexistência de espécies normativas jurídicas para o direito empresarial.

Talvez uma das maiores peculiaridades do direito empresarial frente aos demais ramos do direito seja a força vinculante dos costumes mercantis e práticas de comércio⁶⁷. Ao lado da legalidade, forma-se uma trindade determinante à interpretação dos institutos próprios do direito empresarial que se criam, mudam e extinguem todos os dias. Recorde-se a historicidade própria do fato da empresa.

Ao que conste em relação ao potencial risco conflitivo ou atritivo de tais fontes não se pode perder de vista a noção de conjunto e sistema, a contemplação da realidade enquanto um todo. E nesse sentido não é que os costumes devam perder sua força vinculante ou serem enfraquecidos enquanto costumes e captados por uma nova categoria normativa em seu prejuízo, mas que haja um marco indicativo aos agentes econômicos sujeitos do direito empresarial da sua existência, validade e eficácia.

O benefício disso resulta em um dispêndio de tempo menor para solução da cizânia, uma maior transparência do sistema enquanto tal, com isso, um mais fácil acesso e manuseio

⁶⁷ Vide nota de nº. 59, deste trabalho.

das fontes, diminuição do risco aparentemente atritivo entre normas de direito empresarial, entre outros.

Com essa análise não se deseja, repise-se, um enclausuramento da norma jurídica empresarial sob a forma escrita, legal, de código, como que exclusivamente. Em absoluto! A discussão nesse trabalho gira em torno da possibilidade de efetiva autonomia da lei aplicável aos negócios jurídicos típicos de empresas, passando pelos sujeitos, pelos fenômenos ordinários e extraordinários, pelas formas simples e complexas de manifestação empresarial, de modo a que possa haver uma condensação do discurso jurídico normativo.

A autonomia do direito empresarial não deve ser entendida como satisfeita pela simples alçada de disciplina obrigatória no currículo de cursos de direito, administração e correlatos, mas pela criação de uma mentalidade própria de direito de empresa que gire em torno dos fenômenos, da linguagem, da realidade mercantil, um direito veloz, prático e seguro. Isso será capaz, com a recorporificação de um código comercial, que ora se ensaia, que contemple os sujeitos empresariais, os tipos societários principais, sua teoria de contratos particular, propriedade intelectual, espécies contratuais mais comuns, títulos de crédito, mercado de capitais, comércio exterior, liquidação, falência e recuperação, concorrência e outras as quais o devir epistemológico empresarial vier a brindar a disciplina, afora a legislação empresarial extravagante.

Afinal, em divergência ao pensamento do Prof. Alfredo Rocco⁶⁸, em verdade, em linha de complementação, uma vez que o doutrinador partiu do ponto de vista científico e a abordagem desse opúsculo vem a ser pragmática e conforme já se consignou, o passar dos tempos não prejudicaram a autonomia metodológica e científica das disciplinas do Direito Privado, não controvertendo, portanto. De modo que se de um lado pelo ponto científico é irrelevante a codificação uniforme das matérias do direito, pelo ponto de vista pragmático se justifica com base na teoria dos sistemas. No sentido de robustecer a autopoiese relativa do sistema frente aos demais homólogos reduzindo as complexidades de direito para direito, condensando as fontes de busca, partida e chegada e interagindo com a força integradora dos costumes mercantis, inafastáveis e, por vezes, soberanos à guisa de hierarquia discursiva da matéria empresarial, determinantes e fundamentais.

⁶⁸ “Ora, que as normas concernentes ao comércio e as concernentes à vida civil estejam contidas num código autônomo ou em um ou em dois códigos não é coisa que tenha grande importância sob o ponto de vista científico. O direito comercial poderia permanecer um direito autônomo, e, portanto, a ciência comercial uma ciência jurídica autônoma, ainda que as normas do direito comercial estivessem contidas em um código único, conjuntamente com as do direito civil das obrigações”. Apud. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 2º Vol. 27ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

É possível que o Brasil esteja a viver algo como que a noturna agonia antecedente ao manifesto de conversão de Vivante. Sem possibilidade de mensuração serão os bons frutos oriundos dessa postura ética frente a vicissitudes reais e das quais não há como fugir. Urge a bipartição do Direito Privado no Brasil, a consagração da autonomia total da matéria jurídica de comércio. É a isso que se assiste com a tramitação do Projeto de Lei de nº. 1.572/2011 que “institui o Código Comercial”.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi desenvolvido um pensamento acerca da neocodificação do Direito Empresarial no Brasil a partir das bases da filosofia pragmática do Direito.

Foi possível observar que a ideia de codificação ao passo que trouxe a sistematização das fontes para a ciência jurídica, bem como tratou da necessária distinção entre as relações mercantis e as civis *strictu sensu*, gerou um problema de natureza procedimental para o Direito Empresarial. Tendo este nascido no cenário internacional através da aplicação dos costumes mercantis, uma verdadeira *Lex mercatoria* pelos cônsules obedecendo uma índole transfronteiriça agora se vira enclausurado pelas moções internas nacionais e, mais, muitas vezes legislado por quem nada, ou quase nada entendia de comércio.

O problema da bipartição do direito privado ou da autonomia legislativa do direito empresarial aqui foi tratado mediante o influxo da teoria interacional comunicativa, típica do pragmatismo de Tercio Sampaio Ferraz Jr., sem prejuízo da sólida base da teoria e filosofia do Direito da Escola Alemã de Kaufmann e Hassemer.

Dessarte, foi possível distinguir o querer pragmático de codificação daquele'loutro positivista.

O direito empresarial brasileiro, a par da autonomia substancial, científica, material e metodológica ainda encontra-se uniformizada, amalgamada no direito civil. Entretanto, ensaia-se um processo de transformação de pensamento com a tramitação do Projeto de Lei nº. 1.572/2011, que “institui o Código Comercial”.

Esse movimento, antecedido por outros tantos países, teve como principal expoente doutrinário Cesare Vivante que, segundo contingências espaço-temporais chegou a defender ambas as posições, convertendo-se ao final àquela da autonomia legislativa do Direito Mercantil, em prol do seu desenvolvimento e das demandas que ali surgiam.

É certo que no Brasil e nos idos de 2012 as demandas são outras, mais complexas, além daquelas que desde o tempo de Vivante vem se arrastando sem solução adequada. O que resta, contudo, unânime é que da forma como está disciplinada a matéria mercantil no Brasil não se pode ficar. Há que mudar, que sofisticar com vistas a atender as reais necessidades tanto do direito público, quanto do privado, do empregado, do empresário, do fisco e do prestador de serviços, etc.

A esse respeito há toda uma ideologia que informa o aludido movimento: empreendedorismo, independência, maximização de recursos, geração de riquezas, liberdade contratual e de iniciativa. É o bastante, somado à legião de empreendedores – pressuposto social – para a edificação de um subsistema forte e capaz de responder ao tempo em sua mutabilidade. Eis a função instrumental do Direito.

Fato incontroverso é a quantidade e a falta de coesão entre as normas mercantis, o que provoca graves transtornos à administração da justiça e à vida da empresa, do empresário e dos seus auxiliares. Esse universo caótico clama por segurança jurídica, sistematização do conhecimento, a legitimação da decisão jurídica e, por fim a positivação do direito.

Com efeito, o bem estar social e a consolidação das instituições democráticas só é possível através da conjunção de forças e esforços das unidades de produção, pois são elas que geram riqueza, impostos, postos de trabalho, consumo, etc.

Assomaram-se aos motivos de Vivante (a disciplina dos títulos de crédito, os negócios à distância e os negócios em massa) rumo à autonomia legislativa do direito comercial fatores como: a integração do Brasil a economia internacional; fenômeno dos conglomerados e parcerias empresariais; reformulação do controle das empresas; especialização de profissionais direcionados às questões de empresa; terceirização; controle partilhado e a criação da cultura empresarial através da difusão de informações. Inspiração de Arnoldo Wald.

Enfrentados problemas materiais e formais da codificação empresarial em relação ao método dessa ciência refletiu-se e concluiu-se pela viabilidade do projeto de lei nº. 1.572/2011, através do qual o Brasil faz o caminho de retorno – outrora traçado por Vivante – sem sombra de dúvidas, rumando ao desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional - sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2011, 2a. edição.

_____, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB. Brasília, 1992, 1993, 1996 e 1997.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Novo código civil: unificação das obrigações e o novo direito empresarial**. São Paulo: Manole, 2002.

ARISTÓTELES. **De anima**. Trad. Maria Cecília Gomes. São Paulo: Editora 34, 2006.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANJOS, Augusto dos. **Eu e outras poesias**. São Paulo: Martin Claret. 2000. p. 39.

BILIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Tradução de M. Pugliesi, E. Bini e C. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio *et alli*. (org.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, 2002.

_____. **Código de Bustamante**. Brasília, 1929.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, 1973.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Brasília, 1942.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**, 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARO, Ricardo. **Curso de Comércio Exterior: visão e experiência brasileira**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FORGIONI, Paula A., **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

GARCIA Júnior, Armando Alvares. **Contratos via internet**. 2ª Ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

IHERING, Rudolf von: **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

KAUFMANN, A./HASSEMER, W (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 2ª edição. Tradução de M. Keel e M. S. Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LUZ, Rodrigo. **Comércio internacional e legislação aduaneira: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**. Tradução de L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, 2º Vol. 27ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SGANZERLA, Arnor; FALABRETTI, Sávio; BOCCA, Francisco Veraldi (org.). **Ética em movimento**. São Paulo: Paulus, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Introdução ao direito comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Cláudio Luiz Gonçalves de. **A teoria geral do comércio exterior: aspectos jurídicos e operacionais**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

WALD, Arnaldo. (Org.) **Direito Empresarial: teoria geral**. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

ANEXO