

FONTES DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

LINCOLN PRATES

SUMÁRIO. — 1) A lição de comercialistas brasileiros. — 2) O art. 4.º da lei de introdução ao Código Civil. — 3) As fontes do direito comercial brasileiro.

Em que pese à afoiteza da assertiva, não me parece de aceitar-se o ensinamento de comercialistas nossos, no que se refere às fontes do direito comercial brasileiro.

O maior de todos êles, CARVALHO DE MENDONÇA, estribando-se no art. 21 do antigo Tit. Único do Código Comercial e nos arts. 1.º e 2.º do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, reproduzidos no art. 8.º da 4.ª parte do Dec. n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, que aprovou a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, classifica as fontes do direito comercial brasileiro em fontes primárias, ou diretas, e fontes subsidiárias, secundárias ou indiretas, incluindo nas primeiras o Código Comercial e as leis posteriores que o completaram, ampliaram ou modificaram e, nas segundas, as leis civis, os usos comerciais e a jurisprudência, esta última com fundamento no art. 59, § 2.º, da Constituição Federal de 1891.

O art. 21 do Tit. Único do Código Comercial, reproduzido nos diplomas acima referidos, mandou que nas causas e negócios comerciais se applicasse a legislação comercial aos casos ocorrentes.

Qual é, porém, essa legislação comercial ?

A resposta se encontra no art. 2.º do Regulamento 737, supra mencionado e nos §§ 1.º e 2.º do Dec. (3.084), já citado.

Constituem legislação comercial, conforme aí se lê, as leis comerciais e, subsidiariamente, os usos comerciais e as leis civis. Os usos comerciais preferem às leis civis somente nos casos expressos no Código e, especialmente, nos do art. 291, que dispõe: «As leis particulares do comércio, a convenção das partes, sempre que lhes não fôr contrária, e os usos comerciais, regulam tôda sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil, para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial».

Acontece, porém, que todos êsses dispositivos, em que se alicerçou o notável jurista para a sua construção, acham-se hoje revogados, crescendo que, de fora parte as fontes primárias, apontadas por êle como tais, as outras não se coadunam com a noção de fontes do direito, como veremos em seguida.

Isto não obstante, a lição de CARVALHO DE MENDONÇA foi geralmente seguida. Assim, por exemplo, dêle não diverge o saudoso Professor OTÁVIO MENDES, no seu Direito Comercial Terrestre, a não ser no que toca à jurisprudência que, contrariamente ao que preleciona aquêlê preclaro comercialista, não considera fonte subsidiária do direito comercial.

Já o festejado professor WALDEMAR FERREIRA, no seu livro Instituições de Direito Comercial, tomando rumo diferente do de seus predecessores, exclui a lei civil de entre as fontes subsidiárias do direito comercial, incluindo, porém, nestas, os usos e costumes — «Os usos e costumes, escreve êle, são fontes subsidiárias do direito comercial. Vigem em falta de lei escrita, comercial ou civil, aplicável ao caso». E, quanto à lei civil, já deixara anteriormente expresso o seguinte: «A lei civil, em verdade, não é fonte da lei comercial. Esta, como aquela é lei. Como tal, fonte do direito comercial; e fonte primária. Em falta da lei comercial aplica-se a civil, menos em questões de sociedade e nos casos expressos no código. Mas é a lei que regula a matéria em aprêço, a que se executa, a comercial ou a civil, quando omissa aquela».

2 — Entendo que, na pesquisa das fontes do direito comercial, não se pode buscar apoio no art. 4.º da lei de introdução ao Código Civil, porque a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, que figuram nesse texto, também não se conciliam com a noção de fontes, nos dias atuais. A conceituação destas, como é óbvio, não se pode afastar da organização política de cada país, de maneira que o que é fonte do direito em um, não o será em outro Estado. Assim, por exemplo, na Alemanha de Hitler, era lei a vontade do Führer.

3 — Isto pôsto, quais são as fontes do direito comercial brasileiro? Para responder, devemos partir do conceito de *fontes do direito* que, na lição de ALFREDO ROCCO, são a forma ou meio por que se manifesta exteriormente a norma jurídica. Ora, o único meio de criação desta norma, entre nós, é a sua elaboração pelo poder legislativo, que é auxiliado, nessa tarefa, pelo executivo. Conseqüentemente, a única fonte do direito comercial é a lei comercial, que deve ser elaborada pela União, como está no art. 5 n.º XV letra a, da Carta Magna do Brasil.

Acontece, porém, que Código Comercial, nos arts. 121, 291 e 428, manda que, na falta de lei comercial, se aplique a lei civil, em matéria de comércio.

Infere-se daí que o direito civil positivo é também fonte do direito comercial?

A resposta é negativa, como veremos em seguida, não só no que se refere às leis civis, como no que tange aos usos comerciais, à analogia, aos princípios gerais de direito e à jurisprudência.

Leis civis — Estas, embora se apliquem, também às vêzes às relações comerciais, como o expressam os artigos do Código Commercial, anteriormente citados, não *criam* direito commercial, pela razão muito simples de que são normas jurídicas já existentes e não perdem a sua natureza de leis civis por se applicarem à matéria de comércio. Continuam sendo civis, porque commerciais, na exata lição de Rocco, são apenas aquelas que se destinam principal e particularmente a disciplinar a matéria de comércio.

Também o prof. WALDEMAR FERREIRA preleciona que a lei civil não é fonte da lei commercial. Constitui impropriedade, escreve êle, asseverar-se que uma lei seja fonte de outra. O que acontece é que, em falta de lei commercial, recorre-se à civil, menos em questões de sociedade e nos casos expressos no Código, sem que por isso, acrescentamos, o direito civil se transforme em direito commercial, em sentido próprio.

É preciso observar, porém, que hoje a legislação commercial brasileira é formada não só pelo código respectivo, no que dela ainda subsiste, como também pelas leis posteriores que o ampliaram, modificaram ou revogaram.

Refiro-me aqui ao direito commercial positivo, tomado em sentido restrito, isto é, aquêle que se destina especial e particularmente a regular a matéria de comércio, isto porque, ao lado dêle, existe também o direito commercial em sentido amplo, constituído por todo o conjunto de normas jurídicas applicáveis às relações commerciais e que compreende, portanto, ainda na observação de Rocco, «não só a norma criada propositadamente para a matéria commercial, mas também a norma de direito civil, ou de direito privado comum que, escrita para as relações privadas em geral, se applica à matéria commercial, na falta de uma norma especial para as relações commerciais”.

Usos commerciais — Antes de entrarmos no exame dos usos commerciais, convém talvez deixar expresso que, a nosso ver, o costume não é mais fonte do direito, como o foi no passado, embora o contrario se leia na maioria dos tratadistas, assim de direito civil, como de direito commercial. Aliás, muitos daqueles que sustentam que o costume ainda é fonte do direito, não se esquecem de assinalar haver êle perdido grande parte de seu valor como tal.

Assim, por exemplo, entre nós, EEUARDO ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO: “Nos Estados constitucionais modernos, o costume perdeu a maior parte de sua importância como fonte do direito, dada a existência de um órgão especialmente destinado a elaborar as normas de conduta social, tornando possível atender, de pronto, às novas

necessidades da sociedade». A Lei de Introd. ao Cód Civil Bras., vol. 1.º pág. 114) — E, entre os escritores, o claro R. DE RUGGIERO:

«É evidente que se tem de considerar a diminuição da importância do costume no ordenamento moderno dos Estados, nos quais, normalmente, a faculdade de ditar preceitos obrigatórios pertence apenas à autoridade soberana, não se dando ao costume valor de norma senão quando o Estado expressamente reconhece tal valor, bem se podendo dizer que tal costume só mediatamente é fonte de direito, tendo uma função subsidiária da lei»... (Inst. de Dir. Civ., vol. I, p. 86 trad. do Dr. Ari dos Santos).

Ora, se a faculdade de ditar preceitos obrigatórios está reservada normalmente à autoridade soberana, na forma do que estatui a organização política de cada Estado, a consequência é que o povo pode não elaborar por si êsses preceitos, não sendo, por isso mesmo, o costume dotado, por si, de obrigatoriedade. E se a obrigatoriedade, de que êle se beneficia, provém da lei, que nêle a imprime, claro está que êle não é fonte de direito, senão a própria lei, que lhe empresta aquela virtude, não passando, assim, o costume, como agudamente nota AIFREDO Rocco, de mero conteúdo da norma legal.

Transcrevamos aqui, em amparo de nosso pensamento, a opinião de um notável prof. italiano, o conhecido Pietro Bonfante, em trabalho estampado no vol. 2.º, parte 1, pág. 274, da Rivista di Diritto Commerciale, de SRAFFA e VIVANTE:

«Io ritengo una tesi radicale in proposito e mi par che per questa tesi le ricerche dell'autore vengano in acconcio: ed é che non vi sia posto per la consuetudine vera nelle legislazioni civili moderne, come non v'era piú posto nella legislazione romana evoluta. A mio avviso, nella vita dei popoli civili a organi legislativi e giudiziari differenziati, le sole consuetudini sono i cosiddetti usi difatto e il preteso vigore del diritto consuetudinarie é una illusione nascente da piu cause, le quale sono: il potente e largo impero degli usi di fatto nel campo contrattuale, la desuetudine per l'abbandono di alcuni istituti cui la vita renuncia, rinunciando in pari tempo ai suoi vantaggi, la massa di norme oramai consolidate che ebbe origine dalla consuetudine in altre epoche, il che specialmente traeva in illusione i romani, l'interpretazione variabile di fatti sociali, psicologici, etici, posti come condizione dal diritto e, diciamolo pure, la frode alla legge nel suo scopo e nel suo epirito, cioé quella che il giudice non puó in nessun modo reprimere se non usurpando il campo della legislazione o della polizia, cioé correggendo la formola della legge, sostituendo il motivo al dispositivo o preoccupandosi a norma delle proprie tendenze dell'ordine sociale turbato».

E o que se diz em relação aos costumes, aplica-se igualmente aos usos comerciais, a que faz referência nossa legislação mercantil, máxima no art. 291 do Código Comercial.

Que são, porém, usos comerciais? São as normas seguidas de maneira uniforme, pública e constante pelos comerciantes de uma praça, que as consideram juridicamente obrigatórias para, na ausência de lei, regularem determinados negócios.

Vê-se, daí, que são elementos do uso: a) a generalidade de sua observância; b) não serem contrários à lei comercial e nem, naturalmente, à boa fé que deve presidir as transações mercantis; c) a convicção de sua obrigatoriedade, a chamada *opinio juris seu necessitatis*.

Este é o requisito mais importante, o que, na lição de vários escritores, imprime ao uso comercial a sua virtude de fonte do direito.

“A prática de atos uniformes e constantes, ensina CARVALHO DE MENDONÇA, para tomar a qualidade de uso, deve ser acompanhada da convicção de que tal é o direito, por outra, deve ser observada como se obedecesse a dispositivo legal. Esta convicção da vida jurídica aos usos, imprime-lhes o caráter e a autoridade de fonte do direito».

Veja-se igualmente, R. DE RUGGIERO à pág. 90 de Inst. do Dir. Civil. Isto quer dizer que, sem êsses elementos, não se forma o verdadeiro uso comercial e, por consequência, não se constitui essa fonte do direito.

Mas, existirão, realmente, tais requisitos, ou não passam de criações abstratas, sem correspondência na vida real? Como simples abstrações os encara PIETRO BONFANTE, no artigo já citado quando declara que o *tacitus consensus populi* dos romanos e dos velhos juristas, a convicção jurídica do povo e dos interessados, a *opinio necessitatis* são fórmulas que podem seduzir e embalar em abstrato, mas que, apenas se desce ao terreno dos fatos, se esvaem.

Qual fumo in aere od in aqua la spuma.

Mais grave, porém, é a observação de MESSINEO quando diz que o requisito da *opinio juris* foi pôsto ultimamente em dúvida porque, sôbre ser êle irrelevante, constitui círculo vicioso reputar-se a *opinio juris* pressuposto necessário do uso (ou seja elemento constitutivo dêle) e, ao mesmo tempo, considerar-se que essa *opinio*; pressupõe a preexistência de uma obrigação, a que o particular pensa sujeitar-se pelo fato de seguir o uso.

Em outros têrmos: exigindo-se tal requisito, afirmam-se duas cousas contraditorias: que o uso não se forma se não existir a *opinio*, mas que esta nasce sômente quando o uso já se formou. (Man. de Dir. Civ. e Com., p. 42. ed. de 1947).

Em resumo: em face da nossa organização política, que não permite ao povo criar por si mesmo o direito, que é elaborado pelos órgãos competentes; tendo-se em vista que a fôrça obrigatória do costume provém apenas da lei, quando a êle se refere; e, por úl-

timo, dada a controvérsia doutrinária relativa aos elementos formadores do costume, não me parece possível sustentar-se, ainda hoje, que êle seja fonte do direito comercial.

JÚLIO VENZI, em estudo sôbre a analogia, estampado no *Nuovo Digesto Italiano*, sustenta que a única fonte do direito é a lei, nas palavras subseqüentes:

«Ora nel nostro sistema costituzionale, l'unica fonte di diritto é la legge. L'art. 3 delle Statuto proclama: "Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere, il Senato e quella dei Deputati», L'art. 48 dt. c.c. esclude, poi, ogni altra fonte di diritto che non sia la legge. Le altre fonti, in verità, non sono completamente escluse, ma possono avere valore solo in quanto la legge glielo conferisce e nella misura dalla medesima determinata».

Analogia — Não pode o legislador prever todos os casos possíveis, presentes e futuros, e provê-los das respectivas normas disciplinares. Por outro lado, não pode o juiz deixar de decidir as controvérsias que lhe são submetidas, sob a alegação de que a lei é omissa, confusa, contraditória ou deficiente. Daí a necessidade de um procedimento destinado a preencher as lacunas porventura encontradas na lei, de vez que toda legislação é um organismo dotado de fôrça expansiva e de adaptação, a qual, bem utilizada pelo intérprete, alcança aquela finalidade. A analogia é o principal desses instrumentos e consiste na solução de um caso não previsto pelo legislador, mas semelhante a outro que êle regulou, recorrendo-se, para isto, ao espírito da norma destinada à hipótese disciplinada. O fundamento da analogia está no princípio da igualdade, pelo qual os casos semelhantes devem ser regidos por normas semelhantes. São, pois, elementos da analogia: a) a existência de um caso não contemplado pelo legislador; b) a semelhança entre os dois casos, o previsto e o não previsto, de tal arte que se encontre em ambos identidade no elemento que levou o legislador a criar a norma reservada ao caso regulado, visto como onde há a mesma razão deve aplicar-se a mesma norma jurídica. *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Do exposto se infere que a analogia, se não é simples interpretação, não pode ser alçada à categoria de fonte do direito, só porque a ela se refere a lei de introdução do Código Civil, visto como não se cria com ela norma jurídica até então inexistente, senão que apenas se extrai da regra aplicável ao caso previsto um princípio nela implicitamente contida, ampliável à hipótese não contemplada pelo legislador. A analogia é, pois, como esvreveu o lúcido Coviello, mera integração das normas legislativas. É o que também pensa Ruggiero, nas palavras subseqüentes, constantes do es-

eudo que publicou no *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, de V. SCIALOJA:

Onde si é ritenuto da molti che l'analogia si una vera e propria fonte di creazione del diritto. Ma questa é, per lo meno, una esagerazione. Colmar le lacune della legge derivando le norme della legge stessa, não é criação del direito; a regra applicada per analogia é regra já existente ed emana del legislatore; il procedimento che mediante l'analogia fa l'interprete si limita ad una integração, che é qualcosa di più della pura e semplice interpretação, ma não é criação".

Princípios gerais de direito — A generalidade dos nossos escritores, a começar pelo preclaro BEVILAQUA e a terminar no mais recente deles, que é o Prof. VICENTE RAO, no seu livro "O Direito e a Vida dos Direitos», ensina que os princípios gerais constituem fontes subsidiárias do direito. Os eminentes ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO chamam-lhes "grande fonte supletiva da ordem jurídica", embora digam que o dispositivo, estabelecido pelo intérprete com base nos princípios gerais» não se constitui em norma jurídica, tem adaptação exclusiva ao caso, cuja necessidade de solução determinou a fixação dele» (A Lei de Introd. ao Cód. Civ. Por. vol. I, n.º 56).

Mas, se assim é, se a regra oriunda dos princípios gerais não constitui normas jurídicas, parece que a conclusão só pode ser uma: esses princípios não são fontes do direito, exatamente porque não criam preceito novo, não dão origem à norma jurídica até então desconhecida.

O que é necessário, porém, é determinar o que se deve entender por princípios gerais de direito, matéria esta rudemente trabalhada pela controvérsia, porque alguns os identificam como os princípios do direito natural, outros com os do direito romano, ou ainda com os princípios universalmente admitidos pela ciência, ou com os que são ditados pela equidade, ou com os que decorrem dessa concepção vaga e imprecisa, denominada «natureza das cousas»...

Aceitando a lição de COVIELLO, parece-me que princípios gerais de direito são aquêles, que embora não escritos, constituem o fundamento do direito positivo de cada país, o pressuposto necessário e lógico das diferentes normas legislativas. Por isso mesmo, como observa Barassi, esses princípios gerais, em que pese ao seu nome, não são regras abstratas, mas verdadeiras normas de caráter imperativo. (Ist. de Dir. Civ. 4.º ed., n.º 12). Isto pôsto encontramos em face do direito vigente e não de fonte criadora de direito novo.

Justifica-se, pois, o parecer de RUGGIERO nas Insts. de Dir. Civ., quando sustenta que não são fontes «os princípios gerais, enquanto se consideram como ditados pela razão, ou pelo direito

ideal ou natural e, se se encaram apenas ou de um determinado sistema de direito positivo vigente, então são leis, visto estarem implícitamente contidos no sistema e sem derivados diretamente de normas particulares»...

Entre êsses princípios de legislação positiva existe mesmo, no ensinamento de COVIELO, uma hierarquia, havendo princípios gerais de um determinado instituto jurídico, de vários institutos afins, de um dado ramo do direito privado, (civil ou comercial), ou de uma parte do direito público, (constitucional, administrativo, etc.), de todo o direito privado, ou de todo o público, ou, finalmente, do direito positivo total, sem qualquer distinção.

Jurisprudência — CARVALHO DE MENDONÇA, com a grande autoridade que todos lhe reconhecem, incluiu a jurisprudência entre as fontes subsidiárias do direito comercial, estribando-se para isto, em dois motivos: a) § 2.º do art. 59 da Constituição Federal de 1891 conferiu autoridade à jurisprudência: b) a jurisprudência tem duas funções sociais, sendo uma simplesmente interpretativa, fixadora do sentido dos textos legais, para a sua aplicação concreta; outra *supletória*, complementar da lei na deficiência desta e das suas fontes primárias ou diretas.

Data vênia, não assiste razão ao conspícuo mestre brasileiro.

Qual é o que dispunha, com efeito, o § 2.º do art. 59 da Constituição de 1891? Apenas isto: «Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais federais, quando houverem de interpretar leis da União» — Como se vê e já o havia dito OTÁVIO MENDES, no seu *Direito Comercial Terrestre*, nada se vislumbra no texto supra que autorize incluir-se a jurisprudência entre as fontes subsidiárias do direito comercial. Ocupou-se o preceito constitucional apenas de interpretação da lei federal, ou da estadual e jamais, como acentuou êste último escritor, de prover sôbre a omissão de uma ou de outra.

Mas, se o fundamento de CARVALHO DE MENDONÇA era o § da Carta Magna supra referido, êsse fundamento desapareceu, porque já não figura na Constituição vigente.

E quanto à função social da jurisprudência, ninguém pode negar que, por maior que seja a autoridade das decisões uniformes e constantes dos tribunais, nunca podem elas elevar-se à altura de regras gerais e obrigatórias, servindo apenas para inspirar ao legislador as reformas, que porventura se imponham, no direito positivo.

É que o papel do juiz, na organização política em que vivemos não é o de criar Normas jurídicas, senão sômente o de interpretar as leis existentes, no sentido de sua exata aplicação ao caso em debate.

Traslado, para aqui, as palavras de LANDUCI, citado por ESPINOLA, em a nota 9, pág. 58, do 1.º V. do seu Sistema do Dir. Civ. Bras: «Uma vez que nos povos constitucionais o juiz não pode nunca se substituir ao legislador, por não se confundirem os officios precisamente distintos do poder legislativo e do judiciário, segue-se que a jurisprudência não pode ser enumerada entre as fontes do direito positivo».

Assim, pois, a única fonte do direito comercial brasileiro é a lei.