

CALIXTO SALOMÃO FILHO

TEORIA
CRÍTICO-ESTRUTURALISTA
DO DIREITO COMERCIAL

Obras Seleccionadas

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Introdução

A tradição do pensamento crítico, sua renovação e importância para o direito comercial.....	7
---	---

I

O DIREITO COMERCIAL EM PERSPECTIVA: HISTÓRIA, FUNÇÃO E DISFUNÇÃO

Capítulo 1

História do capitalismo e direito comercial	
O poder econômico na história e a submissão do direito.....	13

Capítulo 2

Função e disfunção	
Reflexões sobre a disfunção dos mercados	35

II

ESTUDOS INTERDISCIPLINARES: INSTRUMENTOS DE CRÍTICA EXTERNA

Capítulo 3

Os determinantes histórico-econômicos	
Monopólio Colonial e Subdesenvolvimento.....	57

Capítulo 4

Estruturas de dominação dos bens comuns e as possibilidades de transformação.....	105
---	-----

III

AS DIVERSAS DISCIPLINAS: CRÍTICA INTERNA

Capítulo 5

O avesso do direito empresarial	123
---------------------------------------	-----

Capítulo 6

Propriedade Intelectual	
Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público.....	136

Capítulo 7

Sociedades Comerciais	
Contratualismo, institucionalismo e análise estruturalista do interesse social	153

Capítulo 8

Contratos empresariais	
Função social do contrato: primeiras anotações	178

Capítulo 9

Regulação Econômica	
Das teorias clássicas à teoria crítica da regulação.....	203

Capítulo 10

Direito Concorrencial	
A paralisia do antitruste	233

IV

UM NOVO DIREITO

Capítulo 11

Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito?	253
Bibliografia.....	267

INTRODUÇÃO

A TRADIÇÃO DO PENSAMENTO CRÍTICO, SUA RENOVAÇÃO E IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO COMERCIAL

Pensamento crítico em direito comercial. Trata-se de frase que no cenário jurídico pode parecer esotérica ou mesmo contraditória.

O direito comercial é tradicionalmente considerado um setor dinâmico nos institutos e regras, mas o dinamismo é visto como oriundo da capacidade de transformação e busca por originalidade do meio econômico (e não do direito) – ou seja, o dinamismo dos institutos jurídicos deriva normalmente do ritmo acelerado das mudanças no mundo econômico.

Normalmente, inclusive no cenário internacional, direito comercial vem associado a manutenção das estruturas e conservadorismo, mesmo em uma época que o sistema capitalista tão gritantemente clama por mudanças de fundo.

Assim, o direito comercial vem sendo reduzido a uma mesmice pragmática em que chavões de homens de negócios são incorporados pelo meio jurídico e reproduzidos com princípios jurídicos que devem ser constantemente repetidos.

Pois bem é exatamente nessa área que o direito brasileiro conta com uma tradição crítica bastante rica – já há décadas – que não pode ser esquecida, ao contrário deve ser resgatada.

A visão crítica não aceita tratar o direito comercial exclusivamente como instrumento de defesa dos interesses do empresário. Vê ao contrário na transformação da empresa, na disciplina dos mercados, elementos estru-

turais para a transformação de um sistema, que mantido nas bases econômicas e jurídicas em que atualmente se encontra, dá claros sinais físicos (meio ambiente) e sociais (desigualdade e exclusão) de esgotamento.

Essa visão tem décadas e raízes no trabalho de comercialistas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pode-se dizer que começa basicamente nos anos 70 e 80 nos trabalhos de autores como F. K. Comparrato¹ e M. Carvalhosa,² analisando criticamente o anteprojeto e posterior lei das S.A. (o segundo) e a empresa e sua função social (o primeiro). Críticas mordazes ao funcionamento do meio empresarial e do direito. O potencial crítico e transformador desses trabalhos foi e continua sendo muito grande.

Esse pensamento, originado na Faculdade de direito da USP, continua por ali sua tradição. O presente livro pretende resgatar essa tradição, trazendo textos que se dedicaram a cultivar, aprofundar e ampliar essa linha crítica para as várias áreas do direito comercial. A ideia é resgatar a tradição crítica, revelando suas inovações e reformulações e sistematizando-a no sentido dos estudos estruturalistas que venho realizando (para a discussão do significado do estruturalismo proposto cf. o último capítulo intitulado Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?). Os textos, todos de minha autoria, em sua maioria já publicados como artigos ou capítulos de livros, foram adaptados ou por vezes modificados para compatibilizar-se com a linha mestra do presente livro. Em seu conjunto, parecem ter unidade sistêmica em torno da ideia de crítica e de reconstrução estrutural.

Nesse espírito o livro foi dividido em três partes e uma conclusão. Em uma primeira, tenta-se colocar o direito comercial em perspectiva, dentro da história do capitalismo e a partir de sua função (e disfunção).

Numa segunda parte, o direito comercial é visto a partir de fora, de outras áreas do direito ou do conhecimento. Assim, a crítica vinda da história econômica, que demonstra os limites do direito em função da força determinante das estruturas econômicas formadas na história. Em seguida um texto em que procuro identificar um caminho para além do determinismo paralisante, tentando demonstrar como uma visão mais ampla e interdisciplinar (antropológico-sociológica) de estruturas jurídicas de poder (direito de propriedade) e a disposição a modificá-las podem levar a transformações relevantes. Raciocínio, portanto, crente na força de mudança vinda do meio social.

Na terceira parte, procurei trazer textos críticos sobre o conteúdo de diversas disciplinas do direito comercial. Logo no primeiro texto (*O avesso*

¹ Função social da propriedade dos bens de produção, *RDM* 63 (1983), p. 71 e ss.

² A referência aqui é ao livro *A nova lei das S.A. – seu modelo econômico*, São Paulo: Paz e Terra, 1976.

do direito empresarial, artigo ainda inédito), procuro mostrar como muitos dos institutos do direito comercial podem ser aplicados ao avesso do tradicionalmente realizado, tudo com perfeita e direta base legal. A pergunta que resta afinal é: porque não o são?

Nos textos seguintes reproduzo artigos já publicados (alguns ligeiramente adaptados, outros com maior reelaboração) em que abordei de maneira não consentânea ao *main stream* conceitos e institutos clássicos do direito empresarial, sempre com uma ênfase e preocupação com a variada gama de interesses envolvidos no processo econômico (e não apenas daqueles em direta relação de domínio com o bem ou direito): propriedade intelectual, sociedades comerciais, contratos empresariais, regulação econômica e direito concorrencial. A ideia foi propositadamente abarcar vários campos do direito comercial (ainda que sem pretensão de completude), mostrando que outras visões são possíveis.

Observe-se que a escolha desse conjunto de textos procura abordar a ideia de crítica em duas e não apenas uma vertente. Em primeiro lugar, naquela já mencionada acima, de conteúdo, i.e. no sentido de crítica do funcionamento do sistema. Mas também em outro sentido, metodológico. A ideia é incentivar a discordância e a crítica de ideias. Assim incluí textos em que se critica diretamente a doutrina e a prática dominantes³ ou texto em que estabeleci expressa e declaradamente diálogo crítico com outro autor.⁴

Aqui o objetivo foi estimular a ideia de que um ambiente acadêmico aberto e crítico é possível, algo raro no morno ambiente de falsas louvações, cordialidade superficial e ausência de debate que grassa no meio jurídico no Brasil e que continua impedindo seu desenvolvimento.

Em conclusão, encontra-se outro texto (também já publicado) em que procurei expandir os horizontes para a teoria geral do direito, divagando sobre as possibilidades de expansão das ideias críticas aqui discutidas.

Esse texto ajuda a explicar o significado do título. A crítica aqui proposta não é esparsa, desconexa ou não propositiva (como frequentemente ocorre no direito). Ela se conecta profundamente em um ponto central: o reconhecimento da necessidade da mudança estrutural. É em torno da análise e crítica das estruturas econômicas e jurídicas que dão sustentação ao capitalismo e ao direito comercial que se organiza sistematicamente a presente obra. Qualquer teoria crítica em direito tem capacidade limitada de transformação se não houver disposição para mudança estrutural. Reflexões sobre mudanças

³ Exemplificativamente esse é o caso do texto *A paralisia do antitruste*

⁴ Aqui a referência é ao meu texto “Poder econômico: a marcha da aceitação”, em que estabeleço debate com ideias de F.K. COMPARATO, in: F.K. COMPARATO, C. SALOMÃO FILHO, *Poder de controle na sociedade anônima*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1, e ss.

na ordem constitucional, na forma de atuação do Estado ou reflexões críticas sobre o funcionamento de empresas ou mercados encontram seu limite nas estruturas econômicas, que emperram ou limitam os efeitos das mudanças. Todo o teórico do direito que se pretende progressista, transformador ou crítico na concepção profunda da palavra,⁵ precisa entender profundamente esse fato, sob pena de seu progressismo demonstrar-se meramente de fachada ou, se verdadeiro, ter pouquíssima eficácia. Assim ambos os termos (estruturalista e crítica) não poderiam faltar no título de uma obra (mesmo tornando-o mais pesado, menos sonoro e talvez até de aparência excessivamente dogmática) que pretende ser crítica,⁶ mas não pretende parar na identificação de contradições, dedicando-se ao estudo e proposta de transformação das estruturas que estão à base do direito comercial e em boa medida do próprio sistema capitalista. É nesse aspecto, de coesão metodológica em torno da crítica sistemática às estruturas que outro termo do título, “teoria” (até certo ponto pretensioso para um livro que não busca a completude de temas) ganha justificativa.

Por derradeiro, vale destacar que o projeto dessa obra não se esgota aqui. Na verdade um projeto de resgate da tradição e introdução de inovação no pensamento crítico, deve procurar consolidar uma escola, ou seja, ter não apenas passado e presente mas também futuro. É de se esperar, portanto, que o trabalho sirva de estímulo para novas gerações de acadêmicos com pensamento crítico e também para estudantes de direito que não se conformem com as definições simplificadoras e os sistemas prontos, lógico-intimistas, dos manuais, tratados e obras tradicionais em direito. Se isso ocorrer e para nada mais servir o presente trabalho, o esforço já terá valido a pena – e muito.

⁵ Nesse sentido a teoria crítica aqui proposta é bastante diversa do movimento *Critical Legal Studies*. Aquele movimento, progressista em seu início ao criticar o caráter conformista do direito não foi além, deixando de apresentar propostas ou análise jurídicas transformadoras (exatamente por seu reducionismo de tudo à esfera política) – v. a respeito. C. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial, as condutas*, 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 42, em especial nota 50. Entre as razões de decadência desse movimento está exatamente a incapacidade de perceber que o direito tem potencial transformador, desde que analisadas de forma transformadora as estruturas econômicas e jurídicas. É a uma tentativa desse gênero que se propõe o presente trabalho.

⁶ Assim se é verdade que o pressuposto do trabalho é idéia de crítica semelhante à da escola de Frankfurt (no sentido do reconhecimento da contradição nos institutos jurídicos – o que é particularmente evidente no texto “O avesso di direito empresarial”) procura-se ir além, identificando as estruturas a serem analisadas e modificadas, apresentando portanto ensaios para uma proposta transformadora.

I

O DIREITO COMERCIAL EM PERSPECTIVA: HISTÓRIA, FUNÇÃO E DISFUNÇÃO

CAPÍTULO 1

HISTÓRIA DO CAPITALISMO E DIREITO COMERCIAL

O PODER ECONÔMICO NA HISTÓRIA E A SUBMISSÃO DO DIREITO

Não é nada original afirmar que o direito comercial segue a evolução do capitalismo. Aliás, como sugere Galgano, a partir da Idade Média a história do capitalismo pode ser contada através da história do direito comercial (e vice versa).¹ Se assim é, o estudo das bases filosóficas, econômicas e jurídicas de funcionamento do sistema capitalista é capaz de jogar luzes sobre o funcionamento, função e disfunção do direito comercial. Ora na história do capitalismo, nenhum tema é de tanto interesse como o poder econômico, exatamente porque seu desfrute e exercício envolvem diretamente os interesses envolvidos pela economia capitalista² – e conseqüentemente pelo direito comercial. Na verdade a história do capitalismo corresponde em grande medida à história da evolução das estruturas de poder econômico. Daí porque, reservar um capítulo para a compreensão da formação e evolução das ideias sobre o poder econômico ajuda e muito, como se verá, a desvendar interesses, descobrir funções e disfunções do direito empresarial.

¹ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Roma, Il Mulino, 2010.

² Foi essa relação poder econômico – capitalismo que procurei perseguir na história em *Histoire critique des monopoles*, Paris, LGDJ, 2010.

Não é exagerado descrever a evolução da reflexão sobre o poder nas ciências sociais como uma marcha da aceitação. Uma rápida descrição de concepções recentes na filosofia, economia e direito demonstra uma – sem dúvida peculiar – convergência no sentido da aceitação do poder como um dado da realidade, com o qual é possível conviver mas que não pode – e o que é pior, em muitos casos, sequer deve – ser combatido ou eliminado.

Isso é feito por vezes de forma clara, tratando do poder, outras vezes, de forma tácita, simplesmente ao desconhecer a sua realidade. Apenas para ilustrar o primeiro grupo, basta mencionar duas obras de importantes pensadores da atualidade, que trataram do tema poder. A referência é respectivamente às obras *Macht und Gewalt* (Poder e Violência) de H. Arendt e *Macht* (Poder) de N. Luhmann. É verdade que ambas adotam uma concepção bem genérica de poder, como qualquer forma de coerção individual. Mas também é verdade que ambas chegam a conclusões que aos olhos de um observador inocente são no mínimo surpreendentes.

Para H. Arendt, poder e violência são conceitos antagônicos.³ A violência aparece quando desaparece o poder. É bem verdade que a autora tem em mente o poder político democrático, que depende do consenso de muitos. Mas ainda assim a sua conclusão é bastante benevolente e até elogiosa do poder. Como vê antagonismo entre poder e violência, busca as raízes da violência. As encontra então na burocratização do poder estatal. A violência contra o sistema advém do fato de que no Estado burocrático não se pode identificar o responsável pelos problemas. Daí o uso da violência.

Salta aos olhos que essa análise, talvez dirigida aos específicos problemas dos países desenvolvidos no momento em que foi escrito (especialmente a violência dos movimentos de protesto estudantil, a que faz referência várias vezes), deixa de lado toda uma série de preocupações com as organizações em geral. Trata-se das relações de poder dentro das organizações, inclusive as democráticas como o Estado Contemporâneo, que fazem com que grupos econômicos mais poderosos tomem conta e se utilizem da organização em seu próprio benefício.⁴

³ “Macht und Gewalt sind Gegensätze: wo die eine absolut herrscht, ist die andere nicht vorhanden” – H. ARENDT, *Macht und Gewalt*, 15ª ed., München, Zürich, Piper, 2003.

⁴ Essa relação é particularmente bem ilustrada por B. de Jouvenel, na importante obra *Du pouvoir: histoire naturelle de sa croissance*, Genève, Constant Bourquin, 1947, p. 140 e ss.) para quem, ao contrário, a história demonstra que todo o poder leva à formação de elites que tendem a agir em benefício próprio. Basta que os objetivos sociais e democráticos deixem de ser continuamente perseguidos em comum e por todos e sua persecução passe a ser atribuída a um grupo definido, ao qual a sociedade tem acesso apenas em intervalos predeterminados, para que se forme uma elite, que adquire interesse próprio. Trata-se do exato oposto de H. Arendt, ou seja, de um raciocínio bem pessimista sobre qualquer forma de democracia não