

A Metadogmática do Direito Comercial Brasileiro

WALFRIDO JORGE WARDE JR.*

JOSE LUIZ BAYEUX NETO**

I. Introdução

A metadogmática transcende a dogmática¹ na sua objetividade, referindo-se, contudo, a categorias e conceitos dogmáticos. O termo é empregado, no contexto de uma metódica (teoria do método), para designar um produto da interpretação (possivelmente para fins de atualização do direito), que expresse uma visão externa do fenômeno jurídico, às vezes voltada à aplicação da norma, mas sempre dedicada a uma reflexão que confronta fatores exógenos aos dogmáticos². Qualquer rearranjo programático (do âmbito, das funções ou das técnicas) de uma disciplina jurídica, que produza um resultado dogmático, pressupõe um diálogo entre política do direito e dogmática, que é próprio da metadogmática.

Uma metadogmática do direito comercial propõe, por exemplo, à porção da ciência objetiva do direito que caracteriza o direito comercial, um objeto, funções e técnicas, sem dizer a norma em seu conteúdo objetivo (mesmo que da proposta decorra um conteúdo).

Este artigo, que – nos itens II a IV – expressa proposições próprias do discurso metadogmático, quer prestar alguma contribuição ao debate atual sobre o conte-

* Advogado. Bacharel em direito pela FADUSP e em filosofia pela FFLCH-USP. LLM pela New York University School of Law. Doutor em Direito Comercial pela FADUSP. Membro do Instituto de Direito Societário Aplicado – IDSA, da Associação Brasileira de Jurimetria e do corpo de árbitros da CIESP-FIESP.

** Advogado. Bacharel e mestrando pela FADUSP.

1 “A ciência do direito em sentido estrito, a ciência dogmática e sistemática do direito (Jurisprudência), é a ciência do *sentido objetivo do direito positivo* [...] É a ciência do sentido objetivo do direito positivo, nisto se distinguindo, sucessivamente: da *História do direito*, da *Ciência comparativa do direito*, da *Sociologia* e da *Psicologia* jurídicas as quais têm por objecto o ser do direito e os *factos* da vida jurídica” (cf. RADBRUCH, G. *A filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 395).

2 Cf. SCHULZE-FIELIZ, H. Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists – Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation. *Archiv des Öffentlichen Rechts*, v. 222, 1997, p. 1-31.

údo do direito comercial, na medida em que as conclusões aqui expressas o antecedem, capazes, bem por isso, de inculcar impressões acerca dos seus caminhos.

II. O que é e para que serve o direito comercial

1. O direito comercial é o “direito privado externo da empresa”³. Não é, bem por isso, o estatuto jurídico da empresa, ainda que na empresa se funde o seu objeto. O direito comercial disciplina parte do fenômeno empresarial, que se seccionou, para fins de regramento, por expurgos ideológicos e pela afirmação histórica de especialidades.

O regramento da empresa, que se refere a um direito interno (organização) e a um direito externo (exercício) da empresa, não é disciplina autônoma, mesmo que a empresa se converta crescentemente em uma categoria jurídica de grande força atrativa. Do seu regramento já se ocupam o direito comercial, o direito societário, e porções de outras ramas, a exemplo do direito econômico, do direito do consumo e do direito do trabalho.

2. A empresa, que corresponde – em quaisquer hipóteses conceituais – a uma *fattispecie* amplíssima, foi concebida, sob o espírito da regulação total⁴, para

3 Essa assertiva caracteriza a chamada *Neokonzeption des Handelsrechts*. É compatível com o nosso modelo, porque atribui à empresa – a exemplo do que já se dá em nosso ordenamento – a condição de categoria jurídica estruturante do direito comercial alemão (mesmo que, naquele país, ainda não a tenham positivado). Isso se reforça pelos sucessivos expurgos que apartaram do nosso direito comercial a disciplina de porções significativas do fenômeno empresarial. Para uma descrição pormenorizada dessa noção, cf. SCHMIDT, K. *Handelsrecht*. 5. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1999, § 3.

4 *Regulação total*. A empresa é, em primeiro lugar, uma técnica regulatória. Decorre do desejo de engendrar um regramento de toda a atividade econômica, na certeza de que sua importância exorbita o espaço privado (i.e., o âmbito da autoconfiguração (*Selbstgestaltung*) das relações jurídicas por particulares), à produção de efeitos que interessam o público e que, por isso, devem ser – sob um modelo de economia normativa – submetidos pela ordem jurídica total. A ideia de um “direito da atividade econômica” se torna plausível na Alemanha de *Weimar*, em meio a uma forte degradação da economia e em resposta às suas causas precípuas, invariavelmente associadas ao oportunismo dos agentes de mercado e à ampla liberdade de que se beneficiavam. Cf. HEDEMANN, J. W. *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*. Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1939. Nesse contexto, a empresa, que já era objeto de especulação doutrinária, afirmou-se como conveniente técnica de intervenção do Estado na economia.

Origens. O pensamento jurídico de tradição germânica já trabalhava, nos meados do século XIX, uma noção de empresa, sem se dar conta da amplitude e da importância de seu emprego futuro. A *Geschäft*, como propôs Endemann, era um organismo – afetado pelo lucro – para transcender os seus criadores. Cf. ENDEMANN, W. *Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt*. 2. Aufl. Heidelberg, 1868, § 15, p. 76 et seq. Autores como Hedemann, articulando essa forte orientação subjetivista ao interesse de dispor de uma técnica regula-

tória de amplíssimo espectro, propuseram que a empresa substituísse a pessoa jurídica. Cf. HEDEMANN, J. W. *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, 1919, p. 17. Seria, todavia, na condição de objeto unitário de negócios, sob a influência de Von Ohmeyer, Pisko e Isay, que a empresa permitiria, mais tarde, um maior avanço dogmático. Cf. OHMEYER, K. E. von. *Das Unternehmen als Rechtsobjekt. Mit einer systematischen Darstellung der Spruchpraxis betreffend die Exekution auf Unternehmen*. Wien: Manz, 1906, p. 8 et seq.; PISKO, O. *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*. Wien: Manz, 1907, p. 46 et seq.; ISAY, R. *Das Recht am Unternehmen*. Berlin: Vahlen, 1910, p. 12 et seq.

Polissemia e variância tônica: do perfil subjetivo ao núcleo defletor de interesses. É certo, como nos dá conta Asquini, que, na virada do século e ainda nas duas primeiras décadas do século XX, prevalecia, entre os muitos sentidos de empresa, um perfil subjetivo, sob a forte influência dos pais do Direito Econômico. Cf. ASQUINI, A. *Profili dell' Impresa. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. Milano: Francesco Vallardi, 1943, v. 41, p. 1. O perfil prevalentemente subjetivo, que se deflagrava pela intenção originária de suplantar a pessoa jurídica, sofreria ajustes, até que o conceito de empresa evoluiu em complexidade, permeado por influxos ideológicos e por interesses públicos, afirmando-se, ao fim, já nos anos 1940, um traço funcional mais acentuado, que se sente na conjunção das ideias de organização, afetação (função) e atividade. Note-se, para explicar esse ajuste conceitual, que as mais adiantadas reflexões sobre a empresa iriam tratá-la, a partir dos anos 1930 e especialmente no auge do regime nacional-socialista, como especial núcleo defletor de interesses; assumiria a tarefa de introduzir importantes influxos ideológicos no ordenamento, a exemplo do que se tentou por meio da doutrina do *Unternehmen an sich*. Cf. RATHENAU, W. *Vom Aktienwesen: Eine Geschäftliche Betrachtung* g. Berlin: Fischer Verlag, 1917; NETTER, O. Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich". *JWI*, 1927, p. 2953-2956; *Gesellschaftsinteresse und Interessenpolitik in der Aktiengesellschaft. Bank-Archiv*, v. 30, 1930-1931, p. 57-65 e 86-95. Para uma visão histórica desse processo, mesmo que algo distorcida, JAEGER, P. G. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 17 et seq. E superado, com a queda do Reich, um tom demasiado publicista (que inspirou, em 1937, as reformas da *Aktiengesetz*), à empresa remanesceria o sentido de centro de interesses ou de valores distintos daqueles dos seus suportes humanos, à afirmação de um *Unternehmensinteresse*, instruído por clamores de uma variada gama de "grupos de pressão" e, antes deles, por interesses de Estado (cf., nesse sentido, todas as leis que introduziram a participação operária nos órgãos de direção da macroempresa societária alemã, i.e., a *Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in die Aufsichtsraten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugende Industrie (MontaMitbestG de 1951)*, a *Betriebsverfassungsgesetz de 1952* e a *gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) de 1976*). Deve-se lembrar, contudo, que, curiosamente, a empresa não é uma categoria jurisdicizada pelo direito alemão atual, para o qual o direito comercial ainda é o direito das "pessoas do comércio" (*Recht der Kaufleute*). Cf. HOFMANN, P. *Handelsrecht*, 11. Aufl. Berlin: Luchterhand, 2002; ROTH, G. H. *Handels- und Gesellschaftsrecht*, 6. Aufl. München: Vahlen, 2001, § 1, 1c. Daí por que à concepção tradicional se opõe uma *Neokonzeption des Handelsrechts*. Cf. SCHMIDT, K. *Handelsrecht...*, op. cit., § 3. Para um conceito de empresa influente na Alemanha atual, cf. RAISCH, P. *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1965, p. 119 et seq.

A difusão da empresa como técnica regulatória e a empresa no Brasil. Essas ideias influenciariam, alicerçadas em modelo de Estado, um grande número de ordenamentos nacionais. A Itália de Mussolini, em vista de sua proximidade com a Alemanha nazista, atribuiu à empresa a condição de conceito estruturante para a matriz regulatória que se deduz do *Codice Civile* de 1942. Outros países, em meio a um projeto de ampliação do Estado, também encontraram

desbordar os limites de um claudicante embate histórico-programático⁵; revolucionou a matriz regulatória do direito comercial, por meio da superação das velhas doutrinas objetivista e subjetivista, mas, sobretudo, por uma drástica restrição, combinada com paradoxal e majoritária contenção da autonomia privada⁶. A empresa é, nesse sentido, uma poderosa técnica de intervenção

na empresa uma conveniente ferramenta. Célebres comercialistas, a exemplo de Frederiq e VanRyn, cogitaram mesmo uma absorção do direito comercial pelo direito econômico, senão a sua completa superação, pelo advento de uma nova disciplina centrada na empresa como categoria fundamental. Cf. FREDERIQ, L. *Traité de Droit Commercial Belge*. Gand: Rombaut-Fecheyr, 1946, v. 1, p. 22; VANRYN, J. *Principes de Droit Commercial*. Bruxelles: Bruylant, 1954, p. 12. Bem por isso, no direito francês, também, a empresa exerce, até hoje, papel fundamental. Cf. GEORGES. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*. 2. éd. Paris: LGDJ, 1951, p. 6 et seq. Nisso tudo, em especial no direito italiano, inspirou-se o nosso Código Civil, em que a norma do artigo 966, assim como a do artigo 2.082 do *Codice Civile*, não conceitua a empresa, senão por meio da definição de empresário. Entre nós, a empresa, para além de todas as funções regulatórias já referidas, proveu, em meio à suposta unificação do direito privado, uma especialização mínima, indispensável à distinção de fenômenos econômicos e de sua disciplina jurídica. A empresa é a atividade econômica que decorre da organização e do emprego de elementos de produção, pelo empresário (individual ou sociedade empresária), em caráter profissional, para a produção ou a circulação de bens e de serviços, nos mercados. A ideia de afetação empresarial serve para distinguir, nesse contexto, como se disse, de todos os demais, os fenômenos econômicos sujeitos a um regramento particular. Cf. BROSETA PONT, M. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965.

- 5 A jurisdição da empresa e o seu emprego como técnica regulatória ofertavam, para além de ampla cobertura da atividade econômica, um providencial efeito reflexo, capaz de superar a controvérsia original entre as concepções subjetiva e objetiva. A vertente subjetivista, mais antiga e de inspiração corporativa, tinha no direito comercial uma disciplina jurídica de classe profissional. Cf. BRACCO, R. *L'Impresa nel Sistema del Diritto Commerciale*. Padova: CEDAM, 1960, p. 26 et seq. O objetivismo, defendido por autores do século XIX, restringia a atuação do direito comercial ao regramento dos atos de comércio. Sobre o processo de "objetivação" e expansão do direito comercial, intrinsecamente relacionado com a Revolução Industrial e a produção em massa, cf. ASCARELLI, T. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 101. A noção de ato de comércio, de um lado, seria – no contexto da empresa – absorvida pela ideia de atividade e, de outro lado, o foco das atenções deixaria de ser a conduta do comerciante, substituído pelo empresário. Em verdade, foi a natureza multifária e polissêmica da empresa que pacificou a antiga disputa pelo objeto do direito comercial (não sem ensejar, como veremos, novas controvérsias); a amplitude e plasticidade conceitual da empresa abrangeram todos os objetos programáticos até então atribuídos ao direito comercial. É certo que a transposição de tonicidade de um perfil a outro, especialmente a pendularidade subjetivo-funcional, proveria argumentos para acusações de uma superação putativa das velhas concepções subjetiva e objetiva. Cf. FANELLI, G. *Introduzione alla Teoria Giuridica dell'Impresa*. Milano: Giuffrè, 1950.
- 6 Não sem razões. Asquini, já nos anos 1940, lecionava sobre um hibridismo público-privado do regramento da empresa. Cf. ASQUINI, A. *Una svolta storica nel diritto commerciale*.

estatal na economia. A sua disciplina determina, paradoxalmente, as maiores restrições à autonomia privada e, ao mesmo tempo, boa parte do âmbito da autonomia privada.

3. O direito comercial como “direito privado externo da empresa” – em razão de todo o direito de empresa que, sob intenso dirigismo e especialização, foi-lhe expurgado – é a parte especial do direito privado⁷ que contempla, ao lado do direito civil (parte geral), muito do direito privado e, portanto, dos atos de configuração autônomo-privada de relações jurídicas⁸.

O “direito privado externo da empresa” disciplina o exercício da empresa, a atividade empresarial externa. Essa assertiva pressupõe que a organização seja um dos sentidos da empresa, que corresponde, por certo, à “empresa de dentro”, à estrutura de que decorre uma organização voltada ao exercício de um tipo de atividade econômica, a atividade econômica empresarial (“empresa de fora”). O direito comercial não disciplina a “empresa-organização” (a “empresa de dentro”), mas regra, exclusivamente, parte da empresa-atividade (a “empresa de fora”).

Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Milano: Francesco Vallardi, 1940, v. 38, p. 1 e 514.

- 7 Cf. CANARIS, C.-W. *Handelsrecht*. 24. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 1, I, 10, p. 4.
- 8 Cf. FLUME, W. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, Zweiter Band*. Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo: Springer-Verlag, 1992, p. 1 e s.
- 9 Os fundamentos de um conceito moderno de organização – dos quais o direito ainda se mantém distanciado – foram lançados pelos primeiros estudos sociológicos dedicados à descrição do fenômeno. Nesse sentido, merecem atenção os trabalhos seminais produzidos entre os anos 1940-1960. Cf. SELZNIK, P. *TVA and the grass roots*. Berkeley: University of California Press, 1949; SIMON, H. A. *Organizations*. New York: John Wiley, 1958; PARSONS, T. A sociological approach to the theory of organizations. In: PARSONS, T. *Structure and process in modern societies*. Glencoe, IL: Free Press, 1960 (original work published in 1956), Id. Some Ingredients of a general theory of formal organization. In: PARSONS, T. *Structure and process in modern societies*. Glencoe, IL: Free Press, 1960 (original work published in 1956); MARCH, J. G. *Handbook of organizations*. Chicago: Rand MacNally, 1965. Para além desses trabalhos, e depois deles, muitos outros poderiam ser citados a destacar a seriedade das pesquisas conduzidas no campo da sociologia das organizações. É lamentável, contudo, o desprezo dos operadores do direito, especialmente daqueles dedicados ao estudo da empresa e de suas formas de organização jurídica, ao conhecimento produzido por essa parte da sociologia, tão importante à compreensão dos fenômenos que, particularmente, o direito societário, mas também o direito comercial, pretende disciplinar. São, de todo modo, mais conhecidas entre os juristas algumas vertentes do institucionalismo organizacional, sujeitas a filtros analíticos monotemáticos e unidimensionais (mas não por isso menos importantes), a exemplo da chamada *theory of the firm*. Cf. COASE, R. H. The nature of the firm (1937). In: WILLIAMSON, O. E.; WINTER, S. G. (Ed.). *The nature of the firm: origins, evolution, and development*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1933, p. 18-33.

A disciplina da empresa-atividade corresponde ao regramento de algumas condutas do empresário em sentido amplo (o seu registro, o nome empresarial, a expressão contábil do estado da empresa, a representação do empresário, os contratos empresariais de exercício¹⁰, a garantia e a titularização de direitos creditórios etc.), mas também ao tratamento da empresa como bem econômico e como objeto de direito em si (e.g., a transferência, a compra e venda e o arrendamento de empresa)¹¹, de sua proteção (por meio da tutela (de interesses privados) da concorrência, dos elementos imateriais de produção e da identidade empresarial) e de sua continuidade (e.g., nos casos de mudança de titular e de crise) etc.

O direito comercial disciplina, contudo, apenas parte da empresa-atividade. Expurgos, governados pela política do direito e por sucessivas especializações regulatórias, submeteram – sob intenso dirigismo estatal – importantes porções do objeto programático do direito comercial a outras ramas, a exemplo do direito do trabalho (que disciplina a apropriação do trabalho como elemento de empresa)¹², do direito de consumo (que impõe drástica intervenção regulatória sobre os contratos empresariais de exercício)¹³ e mesmo do direito da propriedade industrial (que provê tutela (de interesses privados) à concorrência, a elementos imateriais de empresa e à identidade empresarial)¹⁴.

4. As sociedades são a forma prevalente de organização jurídica da empresa. E, por isso, o direito societário (ou, ainda, o direito societário interno¹⁵) corresponde a quase todo o “direito privado interno da empresa”.

10 Correspondem ao que alguns autores italianos chamam de *rapporti commerciali di attuazione*. A expressão é empregada, por exemplo, por Ferri, para designar as relações que “sorgono dai singoli atti in cui l’attività intermediaria si concreta” e para distingui-las das relações comerciais de organização. Cf. FERRI, G. *Manuale di diritto commerciale*. 4. ed. Torino: UTET, 1976.

11 Aqui, o objeto é o controle empresarial, que é um poder do empresário.

12 Para uma descrição da afirmação histórica do direito do trabalho a partir do direito corporativo medieval, cf. ROSSI, G. Sul profilo della “locatio operarum” nel mondo del lavoro dei comuni italiani secondo la legislazione statutaria. In: SARTI, Giovanni & SARTI, Nicoletta (a cura di). *Studi e testi di storia giuridica medievale*. Milano: Giuffrè, 1997.

13 Cf. DUGGAN, A. J. The Economics of Consumer Protection: a Critique of the Chicago Law School Case against Intervention. *Adelaide Law Review*, Adelaide, SA: Adelaide Law Review Association, Research Paper n. 2, [s.d].

14 É bastante questionável, contudo, que o direito da propriedade industrial caracterize disciplina autônoma.

15 O direito alemão propõe uma separação entre direito societário interno e externo. Isso se explica, em grande medida, porque o modelo alemão de cogestão ampliou o objeto programático do direito societário, que passou a disciplinar importantes relações externas com eficácia interna. É certo que o crescente tratamento societário de interesses dos vários *constituencies* também contribui para prover fundamentos à distinção. A disciplina das relações internas, que correspondem (entre as sociedades empresárias) ao direito interno da empresa, nesse contexto, é tarefa do direito societário interno (ou direito interno das sociedades). Cf. SCHMIDT, Karsten. *Handelsrecht...*, cit., § 1, II, 2.

O direito comercial não disciplina a organização jurídica da empresa-societária, que se especializou à afirmação histórico-dialética do direito societário, rama autônoma e especialíssima do direito privado¹⁶.

A disciplina das sociedades aparece e se desenvolve sob a inspiração de valores e de finalidades cambiantes. É possível distinguir vários momentos de inflexão no desenvolvimento do direito societário, que se firma como instituição, alinhada à caracterização de um modelo de civilização ocidental capitalista. Todos esses momentos são marcados por um evento, por uma invenção ou por uma prática emblemática singular, que influem drasticamente à afirmação do direito societário como disciplina jurídica autônoma, submetida a princípios e a regras próprios¹⁷.

16 Para uma descrição desse processo, mesmo limitada a eventos até a virada do século XIX, cf. GOLDSCHMIDT, L. *Storia universale del diritto commerciale*. Torino: UTET, 1913. A exponencial e progressiva especialização do direito societário, que, por si, fundamenta a sua autonomia, pode ser acessada pela compreensão de suas atuais feições e complexidades, exemplarmente descritas em KRAAKMANN, R.; DAVIES, P.; HANSMANN, H. et al. *The Anatomy of Corporate Law: a comparative and functional approach*. Oxford/NewYork: Oxford University Press.

17 A redução de um conjunto intrincado de fenômenos, em fluxo e transformação constantes, à caracterização de momentos inflexivos, é, de todo modo, uma técnica de descrição por aproximação. O estabelecimento desses padrões despreza regionalismos e aceita a supremacia de um modelo ocidental e capitalista de direito societário, para o qual, pressupõe-se, converge a maioria dos ordenamentos nacionais. A passagem de uma fase a outra não importa, por certo, uma completa ruptura. Muitos elementos estruturantes (que definem o direito societário como ramo autônomo do direito) sobrepõem-se, em camadas, fase a fase, para formar um amálgama em que devem predominar os traços da última fase. Seria impertinente, aqui, descrever detalhadamente cada uma dessas etapas. Uma referência superficial é útil, contudo, para esclarecer a especialização que aparta direito comercial e societário. A evolução do direito societário pode ser rememorada por alusão: (i) ao protodireito societário: *compropriedade afetada por fins econômicos*. Cf. DALLA, D.; LAMBERTINI, R. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 269; (ii) a uma fase privatista. Cf. MONTANARI, M. *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*. Milano: Giuffrè, 1990; (iii) à fase de gestão pública de externalidades: *limitação de responsabilidade e privilégio*. Cf. ABBOTT, H.; SPRINGER, F. M.; EUGENE, A. G. *Corporation law: a comprehensive treatise on federal and State legislation relative to private and public service corporations and interstate commerce*. Chicago: American School of Correspondence, 1913, p. 34, 79; COOKE, C. A. *Corporation, Trust and Company; an Essay in Legal History*. Manchester: Manchester University Press, 1950; (iv) ao financiamento massivo da macroempresa societária e o aparecimento do princípio majoritário. Cf. DUNLAVY, C. A. *Corporate governance in late 19th Century Europe and U.S. The Case of Shareholder Voting Rights*. In: HOPT, K. J. et al. (Eds.). *Comparative corporate governance: the State of the art and emerging research*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 17; (v) à "popularização societária" com a criação da pequena anônima. Cf. BARROS DE MELLO. *História e constituição das sociedades de responsabilidade limitada. Diário da Manhã*, Recife, 1950; PEIXOTO, C. F. C. *As sociedades por cotas de responsabilidade limitada: doutrina, jurisprudência, legislação e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1; (vi) à tutela de interesses transsocietários. Cf. RIECHERS, A. *Das*

O direito societário não é, portanto, parte do direito comercial.

5. A organização jurídica da empresa não societária é uma evidente exceção programática do direito comercial. Decorre de um lapso, que se explica pela recente percepção da existência e da importância de organizações sob forma jurídica não societária. Esse lapso se mitiga, todavia, pelo amplíssimo conceito de sociedade prevalente no Brasil (capaz de abranger quase toda a empresa coletiva)¹⁸.

A fixidez dogmática dos institutos e das categorias fundamentais de direito privado convive com uma multiplicidade instrumental (decorrente de autorizações legais à conformação autônomo-privada de relações jurídicas), que os torna plásticos ao ponto de prover novas “vias de direito” a operações econômicas novas e supostamente indisciplinadas¹⁹. Esses predicados são precipuamente expressos pelo contrato, que contempla o exercício particular da autonomia privada ao livre estabelecimento, pelas partes, do conteúdo das prestações a que se obrigam. Nele, a liberdade contratual, como liberdade de configuração autônomo-privada do conteúdo das relações jurídicas, difere, no particular, da autonomia privada, que trata propriamente da liberdade de celebração.

As organizações empresariais não societárias assumem majoritariamente a forma jurídica dos contratos empresariais disciplinados pelo direito comercial. Não raro essas organizações serão desdobros dimensionais de contratos empresariais de exercício ou, incompreendidos os fenômenos em questão, simplesmente tratadas como contratos empresariais de exercício²⁰.

“Unternehmen an Sich”. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996; e (vii) à fase de regulação de mercados. Cf. BERLE, A.; MEANS, G. *The modern corporation and private property*. Chicago: Commerce Clearing House, Inc. 1932, p. 86 e s.; DOUGLAS, W. O. Directors who do not direct. *Harvard Law Review*, v. 47, n. 8, 1934, p. 1315.

18 Cf. art. 981 do CC.

19 Cf. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. *La atipicidad en derecho de sociedades*. Zaragoza: Pórtico, 1977, p. 195 e s.

20 Alguma doutrina, especialmente a portuguesa – sob a influência do direito alemão –, trata desses contratos sob a rubrica “contratos de cooperação”. Cf., nesse sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, v. I, p. 533 e s., nota 211; e *Contratos II*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 127 e 128. Há, também, autores que se referem aos “contratos de cooperação associativa”, como subcategoria dos contratos de cooperação. cf. BRITO, M. H. *O contrato de concessão comercial*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 205 e s. Para um enquadramento dos contratos de cooperação entre empresas em outras tipologias de contratos empresariais de exercício, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. *Contratos comerciais: noções fundamentais*, volume especial da revista *Direito e Justiça*, UCP, 2007, p. 26 e s.; FERREIRA LEITE, L. *Novos agrupamentos de empresas*. Porto: Athena Editora, 1982; MORAIS, D. S. L. *Empresas comuns joint ventures no direito comunitário da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006; AMORIM PEREIRA, A. O contrato de *joint venture* conceito e prática. *ROA*, ano 48, III, Lisboa, dezembro 1988; LIMA PINHEIRO, L. *Joint venture contrato de empreendimento comum em direito internacional privado*. Lisboa: Cosmos, 1998; e VALLES, E. *Consórcio, ACE e outras figuras*. Coimbra: Almedina, 2007.

6. O direito comercial se distingue do direito civil, em razão das suas próprias funções²¹, mas, sobretudo, em vista dos fenômenos que disciplina²². O direito comercial e o direito civil tratam de distintos objetos para produzir distintos efeitos na dimensão sociológica do fenômeno jurídico²³.

Não é plausível que compartilhem, direito civil e direito comercial, normas que contenham hipóteses e consequências jurídicas comuns, nem sequer se uma interpretação elástica (de normas elásticas)²⁴ fosse capaz de calibrar as consequências aos distintos fins de cada disciplina. Isso não significa que não possam se valer, ambos, de categorias e de institutos de direito privado, sob um regramento particular. Essas categorias e institutos, contudo, em que pese a sua notória plasticidade funcional e semântica, já não dão conta de prover forma jurídica aos complexos fenômenos que se sujeitam à disciplina do direito comercial²⁵, o que

-
- 21 Referimo-nos, aqui, criticamente, às célebres palavras de Teixeira de Freitas, no ofício enviado ao Ministério da Justiça em 20 de setembro de 1867, para informar sua intenção de abandonar o “Esboço de Código Civil”: “Não há tipo para a arbitrária separação de leis, a que se dá o nome de direito comercial ou Código Comercial, pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência”. O equívoco se justifica pela incipiente atividade econômica no Segundo Império e pela absoluta impossibilidade de se antever a magnitude e a complexidade dos fenômenos cuja disciplina se atribuiria ao direito comercial.
- 22 São numerosos e eloquentes os exemplos: a oferta pública de ações não é simplesmente a oferta formadora do contrato (a que se refere o art. 429 do CC), porque se insere no esquema de financiamento, por capitalização, da macroempresa-societária, em meio a relevantes interesses transindividuais e públicos, de modo que seu regramento exorbita e mesmo discrepa da disciplina tradicional dos negócios jurídicos; os fundos de investimento, de mesmo modo, não são condomínios voluntários (na forma dos arts. 1.314 e s. do CC), mas organizações não societárias afetadas pela empresa, essenciais ao desenvolvimento dos mercados, cujo enquadramento espera, impaciente, a criação de novas categorias, próprias do direito comercial; os contratos da distribuição (e.g., distribuição, compra e venda, agência, representação, franquia etc.) comportam a um só tempo relações de exercício e de organização de empresas coletivas derivadas, mas isso não foi percebido pelo legislador. A sociologia, em especial a sociologia das organizações, posto avançado de análise da atividade econômica, não cansa de apontar essas profundas transformações socioeconômicas que apresentam ao direito (e, no particular, ao direito comercial, em razão de seu objeto) um novo mundo de fenômenos hipercomplexos. Cf. nota 25 abaixo.
- 23 É por isso que a melhor doutrina alemã alude a uma “normative Spezifität” do direito comercial. BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien: Springer, 1996, p. 444 e s.
- 24 Cf. VON TUHR, A. *Derecho civil: teoría general del derecho alemán*. Los Hechos Jurídicos, volume II. Buenos Aires: Memorial de Palma, 1947, p. 207 e s.
- 25 Cf., nesse sentido, TEUBNER, G. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. Disponível em: <<http://www.jura.uni-frankfurt.de/42847561/list-of-publications#Articles>>. Acesso em: 22 nov. 2012; Networks as connected contracts. Disponível em: <<http://www.jura.uni-frankfurt.de/42847561/list-of->

preme o legislador a um urgente exercício de criatividade institucional e a uma ampliação do âmbito da autonomia privada²⁶.

O simples compartilhamento de normas é, portanto, ruinoso, porque provê o mesmo tratamento àquilo que é diferente. É igualmente impertinente esse compartilhamento sob o pressuposto de que uma interpretação orientada por princípios (diferenciados por especialização) dará conta de prover consequências distintas (quando da concreção da norma) a hipóteses diferentes, mas tratadas – absurdamente – como se fossem iguais. Esse devaneio responde, em boa parte, pela intollerável ausência de consenso mínimo acerca do conteúdo do direito comercial (especialmente em um país de dimensões continentais, submetido a níveis bastante heterogêneos de informação e de formação jurídica).

7. A inexistência de um consenso mínimo acerca da autonomia do direito comercial, do seu objeto e do seu conteúdo o impede de alcançar os seus fins.

8. O direito comercial é indispensável à existência de trocas econômicas, à geração de riquezas, à criação e determinação dos mercados e ao desenvolvimento econômico (em qualquer de suas acepções, incluindo-se todas as que o distinguem de crescimento econômico²⁷) dos países sob um regime de produção capitalista. Isso se explica simplesmente porque todos esses fenômenos econômicos e sociais decorrem do direito e nele se justificam²⁸.

O direito comercial só não ostenta essas funções no contexto de regimes puros (liliputianos) de produção socialista²⁹.

-publications#Articles>. Acesso em: 22 nov. 2012; Idiosyncratic production regimes: co-evolution of economic and legal institutions in the varieties of capitalism. In: John Ziman (ed.). *The evolution of cultural entities*: proceedings of the British Academy. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 161-182; Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation. In: Marc Amstutz (Hg.). *Die vernetzte Wirtschaft*: Netzwerke als Rechtsproblem. Zürich: Schulthess, 2004, p. 11-42.

26 Um controle estatal rígido, como observa Roberto Mangabeira Unger, limita a maneira como a sociedade reage a crises e a tensões, ao que respondem os “políticos” apenas para criar hipóteses que limitam a criatividade e a oferta de soluções alternativas. Cf. UNGER, R. M. *Free trade reimagined: the world division of labor and the method of economics*. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 77-94.

27 Por todas, cf. SEN, A. Development: Which way now? *Economic Journal*, v. 93, issue 372, 1983, p. 745-762.

28 Cf. IRTI, N. *L'ordine giuridico del mercato – libri del tempo*. Editora Laterza, 1998, p. 39. Entre nós, por todos, cf. BERCOVICI, G. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, M. V.; BERCOVICI, G.; MELO, C. (org.). *Direitos humanos, democracia e República*. Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 504 e s.

29 Já em regimes “socialistas de mercado”, o direito comercial também será imprescindível. Cf. FRANK, R.; BELKIN, D. (ed.). *Why market socialism? Voices from dissent*. M. E.: Sharpe, Inc., 1994.

A importância do direito comercial se relativiza, contudo, onde forem influentes as proposições das chamadas *post-development theories*, para as quais a necessidade de mudanças sociais, particularmente nos países considerados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, decorre de danos provocados pelo próprio desenvolvimento (como concebido por potências hegemônicas). Essas teses se opõem a que as mudanças socioeconômicas sejam o produto de uma “engenharia social” predeterminada e imposta, que se deve substituir por um processo de redefinição social, autoconhecimento e de regeneração criativa de uma nova forma de solidariedade global³⁰. Antes, contudo, será necessário que esses teóricos encontrem um meio de neutralizar os processos de internacionalização dos mercados, a voraz competição entre as nações e, sobretudo, a política imperialista praticada por potências hegemônicas, sob pena de que esse seu discurso arruíne definitivamente a capacidade de reação e de resistência dos países emergentes e do chamado “Terceiro Mundo”, relegando-os eternamente a um desenvolvimento condicional e dependente.

III. Como o direito comercial deverá cumprir suas funções

1. Um consenso mínimo acerca do objeto do direito comercial é indispensável ao alcance de suas funções. Isso porque da definição do objeto se segue a determinação de conteúdo e de técnicas do direito comercial, a partir de um conjunto de princípios próprios, historicamente afirmados em articulação aos princípios gerais do direito privado³¹.

A definição do conteúdo, do peso e dos métodos de aplicação dos princípios de direito comercial deve se submeter a uma política do direito clara e democraticamente estabelecida³².

2. O direito comercial é parte especial do direito privado, que se estrutura sobre a autonomia privada e, portanto, na conformação autônomo-privada de relações jurídicas. Disso decorre sua adaptabilidade e a sua capacidade de autogeração, indispensável à disciplina dos fenômenos sempre cambiantes a que se dedica.

30 Cf. RIST, G. *The history of development: from western origins to global faith*. Expanded Edition, London: Zed Books, 2003; ESCOBAR, A. *Encountering development: the making and unmaking of the Third World*. Princeton: Princeton University Press, 1995; SACHS, W. *The development reader. A guide to knowledge and power*. London: Zed Books, 1992.

31 Cf. BYDLINSKI, F. *System ...* cit.; e OPPO, G. Princípi. In: *Trattato di diritto commerciale*. Diretto da Vincenzo Buonocore. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

32 Esse debate é tradicional no âmbito dos direitos fundamentais, e não há motivo para que não se estabeleça em matéria de princípios de direito privado e de direito comercial, no particular. Cf. AFONSO DA SILVA, V. *Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Quaisquer restrições à autonomia privada, no âmbito do direito comercial, alijam-no, mais ou menos, dos seus predicados e da sua capacidade de cumprir suas funções essenciais. Bem por isso, essas restrições somente serão aceitáveis em consequência de um juízo e de uma decisão política, no contexto do processo legislativo. O intérprete-judicante, é verdade, também poderá impor restrições à autonomia privada em matéria de direito comercial, mas apenas quando lhe for dado atualizar o conteúdo da norma (e.g., pela definição do conteúdo de conceitos legais indeterminados), ao espírito do momento, para fins de aplicação³³.

A definição do conteúdo de conceitos legais indeterminados, pelo intérprete-judicante (especialmente pelo magistrado), deve, contudo, submeter-se ao processo sumular vinculante³⁴ e ao princípio do *stare decisis* (adaptado à realidade brasileira), ainda mais nos casos em que houver restrição à autonomia privada. Isso porque se trata, nesses casos, de restrição a liberdades fundamentais³⁵, que todos devem conhecer, saber que os submete, sendo-lhes dado julgar se é aceitável, ou, então, se merece repúdio por meio dos processos democráticos.

3. A criação de normas de direito comercial é necessária, para compassar os interesses de intervenção estatal na economia aos sempre cambiantes e crescentemente complexos fenômenos que se quer disciplinar. A produção normativa em matéria de direito comercial, que sempre tem adiante de si o fenômeno regulado (mais ágil e disposto a mudanças), pode ser prolífica, por vezes desenfreada.

É impossível, em vista de céleres e constantes transformações socioeconômicas (que atingem o objeto do direito comercial em um contexto de hipercomplexidade³⁶), conceber um documento legislativo – um “código global” –, como o idealizou uma metadogmática oitocentista³⁷. Mas é plausível, e pode ser de todo conveniente, a adoção de um “código central”, cuja função é prover sistematicidade e garantias de coerência interna à matriz regulatória do direito comercial³⁸.

No Brasil, onde prevalece uma profunda assimetria de informação e de formação jurídica, códigos centrais são salutares, como repertório do direito aplicável,

33 Essa é a função dos conceitos legais indeterminados (*unbestimmte Gesetzbegriffe*). Cf. ACHTERBERG, N. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 1982, § 18, III, n. 33.

34 Cf. art. 103-A da Emenda Constitucional n. 45/2004.

35 Cf., nesse sentido, OFTINGER, Karl. *Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im Schweiz Recht*. Zürich: Schulthess, 1948, p. 315 e s.

36 Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. *O direito pós-moderno e a codificação. Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

37 Cf. VANDERLINDEN, J. *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle. Essai de définition*. Bruxelles: Edition de L'Institut de Sociologie, 1967.

38 Cf. COUTO E SILVA, C. *Depoimento prestado à Comissão Especial do Código Civil na Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Arquivo, Centro de Doc. e Inf., 7 de agosto de 1975.

sem o que se arrisca perder o direito em um canto do ordenamento, nos seus pontos cegos ou por conta de recorrentes antinomias. A esse código central se conecta, com maior coerência, a legislação especial, projetada a partir de um paradigma principiológico.

4. Não menos importante é a definição do conteúdo do direito comercial. O legislador não pode errar. Quando o legislador erra, a lei vige e a comunidade administrada padece.

A nossa dogmática do direito comercial deve atender às conveniências da política do direito e às necessidades brasileiras, sempre compassada à boa técnica, que se constrói a partir da melhor doutrina, mas, sobretudo, da formação de uma cultura, no seio da comunidade jurídica, em meio à dialética reflexiva dos debates.

IV. Conclusões

1. O direito comercial é o "direito privado externo da empresa", que caracteriza uma rama autônoma e especial, contida pelo direito privado.
2. O direito comercial disciplina o exercício da atividade empresarial e, excepcionalmente, a sua organização não societária. A disciplina da organização não societária da empresa é função precária do direito comercial, que decorre, o mais das vezes, da categorização imprópria de formas não contratuais por meio do contrato.
3. O direito comercial se distingue do direito civil em razão das suas próprias funções, mas, sobretudo, em vista dos fenômenos que disciplina.
4. Devem ser definidos princípios de direito comercial, especialmente no que concerne o seu conteúdo, o seu âmbito e a sua aplicação, sob uma política do direito clara e democraticamente estabelecida.
5. As limitações ao princípio da autonomia privada devem se submeter ao processo legislativo, sem que decorram da atuação do intérprete-judicante, à exceção das hipóteses de afirmação do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados.
6. A afirmação do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados deve sujeitar-se a processo sumular vinculante.
7. Devem ser identificadas categorias essenciais do direito comercial, sempre em observância à feição dos fenômenos disciplinados, definindo-se as hipóteses e as regras para a sua articulação com categorias essenciais do direito civil e, no geral, do direito privado.
8. É conveniente que o direito comercial brasileiro seja disciplinado por um diploma legislativo próprio, um código central, que deve atender às conveniências da política do direito, em atenção às peculiaridades e necessidades brasileiras e expressar a melhor técnica disponível.