

CALIXTO SALOMÃO FILHO

TEORIA  
CRÍTICO-ESTRUTURALISTA  
DO DIREITO COMERCIAL

*Obras Seleccionadas*

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## CAPÍTULO 5

### O AVESSE DO DIREITO EMPRESARIAL<sup>1</sup>

A ciência progride através de inovações e grandes ideias. Mas enquanto essas não vêm, formam-se durante anos consensos muitas vezes irrefletidos e por vezes com escasso apoio na realidade dos fatos.

Se isso é verdade para as ciências naturais o que não dizer das ciências humanas e do direito. Ali, a regra são os dogmas e as crenças positivas, sem qualquer base em análise empírica da realidade existente.

Mas não só isso. O direito, sendo um corpo de regras organizativas da sociedade é com enorme frequência influenciado, quando não determinado, pelas relações de poder e interesse na sociedade. Assim regras são descumpridas ou cumpridas muito mais em função dos interesses envolvidos na relação e de seu poder relativo do que da efetiva existência e do conteúdo dos princípios e regras existentes.

Uma boa demonstração desse fato, até surpreendente para o observador ou estudante habituado aos dogmas que lhe são passados pelo ensino tradicional de cunho racional/positivista do direito, é a existência de dois ou mais direitos, muitas vezes ambos com expressa e clara previsão legal ou regulamentar, sendo que apenas um deles é aplicado.<sup>2</sup> A ideia desse trabalho

---

<sup>1</sup> O autor agradece aos graduandos da Fadusp Gabriel Dantas, Gabriella Fontes e Carolina Maia pela pesquisa jurisprudencial utilizada nas notas de rodapé. Agradecimento especial ao Professor José Marcelo Martins Proença pela orientação, revisão e complementação da pesquisa jurisprudencial dos alunos.

<sup>2</sup> V. as importantes considerações de F. K. COMPARATO sobre a existência, para generalidade dos casos, desses dois direitos e as razões da prevalência de um sobre o outro (O direito e o avesso. *Rumo à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 343).

é brevemente identificar a existência desses “dois direitos” em diversos ramos do direito empresarial mostrando que, para cada dogma aplicativo, existe outra possibilidade, de sentido muitas vezes diametralmente oposto e que tem tão ou maior reconhecimento legislativo ou regulamentar. A ideia é dar uma visão geral da amplitude desse fenômeno em vários ramos do direito empresarial, motivo pelo qual o aprofundamento das questões específicas de cada sub-área (direito societário, contratos empresariais, direito industrial, direito concorrencial) será deixado para trabalhos posteriores. O objetivo aqui é apenas dar uma ideia do conjunto desse “direito empresarial ao avesso”, sem pretensão de aprofundamento em todos os temas, o que exigiria vários trabalhos monográficos específicos.

Restará, na conclusão, fazer algumas digressões sobre as razões da prevalência na prática aplicativa do direito tradicional sobre o outro, ao avesso, ainda que ambos sejam igualmente positivados (muitas vezes até com o direito ao avesso tendo reconhecimento positivo mais explícito que o tradicional). Digressões necessariamente superficiais, pois as razões sociológicas e históricas profundas dessa predileção por um determinado direito ou, melhor dizendo, “viés aplicativo” do nosso direito aplicado, exigem estudo mais aprofundado e interdisciplinar.

### A empresa inclusiva

A indagação inicial pode-se fazer em relação ao próprio organismo central de funcionamento do direito empresarial.

Afinal para retomar o clássico dilema de Rathenau, a empresa serve aos objetivos dos seus titulares, em qualquer forma organizativa que esteja ou deve servir ao interesse público?

Observe-se que a lei dá respostas bastante díspares a essa questão. Tomemos a organização empresarial mais sofisticada de que dispomos, a sociedade anônima.

A lei societária prevê a autonomia da Assembleia Geral, órgão de participação exclusiva de acionistas, que pode decidir sobre todas as questões afetas ao objeto da companhia (artigo 121). Ao mesmo tempo, a mesma lei prevê em seu artigo 116 que o acionista controlador deverá ter em conta os interesses dos demais acionistas, dos trabalhadores e da comunidade em que atua.

Que direito aplicar? O do mundo hipercontratualista erigido à época da revolução industrial, da Assembleia Geral autônoma e toda poderosa? Ou o da empresa que deve perseguir o interesse público, do mundo social da República de Weimar de W. Rathenau? Ou então o da empresa que deve

incluir interesses, admitir a participação de trabalhadores e representantes da comunidade afetada por sua atividade?<sup>3</sup>

Pois bem, apesar de o último ter previsão expressa na lei societária brasileira (parágrafo único do artigo 116) e também, em minha concepção, ser o mais próximo de nossas necessidades socioeconômicas atuais (vide supra nota 3), doutrina e jurisprudência brasileira esforçaram-se e conseguiram nos quase trinta anos de vigência da lei impor a aplicação quase exclusiva da primeira concepção. Os Tribunais negam-se a entrar no “mérito das decisões Assembleares”,<sup>4</sup> dando interpretação fortemente contratualista ao artigo 121. Por outro lado, o parágrafo único do artigo 116 é praticamente desaplicado por CVM e Tribunais.

A conclusão, portanto, é por uma escolha clara de interpretação da lei por aplicadores, optando-se por dar total poder à Assembleia e, portanto, àquele que domina a Assembleia. A empresa capitalista é a materialização dos interesses econômicos do empresário.

Mas repita-se. Essa é apenas uma das alternativas possíveis. Uma outra empresa, respeitosa e inclusiva em relação aos interesses daqueles por ela afetados é possível, e por que não dizer obrigatória, segundo a nossa lei societária.

### A cooperação entre sócios

Ainda no direito societário se dá outro divário entre dois direitos. Agora não mais nas relações com interesses externos à sociedade mas sim de interesses internos.

Tomemos mais uma vez o exemplo na organização societária capitalista mais sofisticada: a sociedade anônima. Pergunta-se: como se deve

<sup>3</sup> Esse modelo constitui o chamado institucionalismo organizativo – cfr. “Interesse social: a nova concepção” em *Novo Direito societário*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 34 e ss.

<sup>4</sup> Numerosos os precedentes jurisprudenciais que confirmam a assertiva. A título meramente exemplificativo cfr.: “Ao Poder Público é dado regular e intervir na ordem econômica, mas não na administração do agente econômico. Ao agente econômico é dado escolher seus administradores, pois são eles que escolherão as estratégias de mercado que conduzam ao resultado almejado, igualmente eventuais prejuízos por suas decisões” (TJSP, AI 0240465-87.2011.8.26.0000. Câmara Reservada de Direito Empresarial). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou de modo semelhante, em relação aos limites à intervenção judicial sobre os negócios das sociedades: “[É] importante manter em mente que o princípio que deve nortear o julgador em todas as ações [que] versem sobre administração de sociedades é o da intervenção mínima. (...) Por isso, via de regra, a melhor solução à disposição de um sócio minoritário descontente com os rumos da empresa não é a de buscar judicialmente a destituição do administrador, mas a de optar por formas alternativas de proteção de seu patrimônio investido na sociedade (...) até mesmo pleiteando a responsabilização do administrador improbo (STJ. MC 14.561, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.09.2008, p. 10).

conceber a relação entre acionistas na sociedade. Uma relação em que cada um persegue seu interesse próprio ou uma relação em cada qual deve deixar seus interesses particulares de lado e cooperar em prol da sociedade.

Aqui os dois direitos não se encontram escritos na lei. Ao contrário, na letra formal da lei, só um teve guarida. Com efeito, o artigo 115 da lei societária proíbe expressamente qualquer acionista de trazer para dentro da sociedade interesses particulares. Levou essa ideia adiante por meio da vedação ao voto do acionista que possa auferir na deliberação benefício particular ou que tenha interesse conflitante com o da companhia.

Pois bem, mesmo em face de deliberação legislativa tão gritantemente clara, jurisprudência e doutrina construíram um outro direito.<sup>5</sup> Na verdade

<sup>5</sup> A análise dos precedentes da Comissão de Valores Mobiliários que versam sobre conflito de interesses evidencia que o entendimento da autarquia, apesar de não sedimentado, bem demonstra a aplicação desse outro direito, permitindo aos acionistas manifestar sua intenção de voto mesmo em situação de conflito de interesses. Os seguintes posicionamentos denotam a indefinição da autarquia, com prevalência clara da permissão ao controlador de votar: (i) *caso TIM* (Inquérito Administrativo CVM TA/RJ2001/4977, julgado em 19.12.2001), no qual CVM analisou se a Tele Celular Sul Participações S.A., controladora da CTMR Celular S/A, estaria ou não impedida de votar em deliberação sobre a celebração de contrato de licenciamento de marca entre a CTMR e sua controladora indireta, a Telecom Italia Mobile. Prevaleceu a interpretação do conflito de interesses *formal*, sendo desnecessário analisar se o seu voto foi ou não contrário ao interesse da companhia; (ii) *caso Previ* (Inquérito Administrativo CVM TA/RJ2002/1153, julgado em 06.11.2002), no qual a CVM analisou uma situação na qual Previ e Sistel, acionistas da Tele Norte Leste Participações S/A (TNLP), não poderiam ter votado na assembleia geral da companhia que aprovou a celebração de um contrato entre a Telemar (controladora da TNLP) e concessionárias controladas pela TNLP. A CVM, alterando seu posicionamento, absolveu os acionistas da TNLP com base no entendimento de que o conflito de interesses deve ser *material* e que, portanto, somente pode ser verificado depois de proferido o voto do acionista; (iii) *Parecer de Orientação CVM 34*, de 18 de agosto de 2006, que versa sobre o impedimento de voto do acionista controlador nos casos de operações de incorporação e incorporação de ações, em que sejam distribuídos diferentes valores para as ações detidas por controladores e minoritários e para ações de diferentes espécies ou classes. O reconhecimento de um benefício particular ao controlador nessas transações levou a CVM a identificar a hipótese de proibição do exercício do direito de voto. Apesar de o parecer ter dado uma interpretação restritiva ao artigo 115, abrangendo apenas o caso de benefício particular (relação de troca desproporcional) e não os casos de interesse conflitante (previsto de forma literal no mesmo artigo 115), foi dado um passo tímido no sentido da interpretação *formalista* do conflito de interesses; (iv) *caso Duratex* (Processo CVM RJ 2009/5811), no qual se declarou o impedimento de voto por benefício particular em decorrência de diferença entre a relação de substituição de ações de minoritários e do controlador em caso de incorporação da companhia. O colegiado indicou que a companhia poderia convocar assembleia especial para que preferencialistas decidissem sobre a operação, caso todos os acionistas com direito a voto se encontrassem impedidos. Embora não seja um caso de interpretação de conflito de interesses propriamente dito, revela uma interpretação *formalista*, uma vez que prevê uma análise *ex ante*; (v) *caso Tractbel* (Processo CVM RJ 2009/13179), que indicou novos rumos especialmente à relação entre controladores e minoritários, ao esclarecer que em situações de conflito o

o acionista não é impedido de votar, ele pode fazê-lo, mas eventuais votos abusivos (i.e. nesse caso contrários ao interesse social) poderão levar à anulação do voto. Ocorre que como na prática o judiciário também se nega a entrar no mérito das deliberações assembleares,<sup>6</sup> o resultado é que o acionista pode livremente trazer para a sociedade seus interesses particulares.

Portanto, a sociedade anônima, nesses quase trinta anos de vigência da lei societária transformou-se em um instrumento de persecução de interesse particulares de controladores. Um ambiente que convida investidores externos (acionistas não controladores) a entrarem, tentar lucrar o mais rapidamente possível e saírem da companhia em um momento conveniente (aproveitando um *tag along*, exercitando seu direito de recesso ou então simplesmente vendendo suas ações em um momento conveniente). Não é de espantar a dificuldade histórica do mercado de capitais brasileiro de atrair investidores interessados na permanência na empresa. Tampouco é de se espantar a frequência de fraudes, escândalos em um mercado cujas regras societárias sempre foram um enorme instrumento institucional de atração para especuladores.<sup>7</sup>

Aqui também outro direito é possível, aliás, o único previsto em lei. Direito que obrigue os acionistas a deixar para trás nas decisões assembleares seus interesses particulares e cooperar na persecução do objeto social da companhia. Direito que, portanto, seja instrumento de estímulo a acionistas que queiram permanecer na companhia, dela fazendo um instrumento alternativo de poupança e não um objeto de especulação.

### Os contratos como instrumentos de tutela de interesses sociais e ambientais

Em matéria de contratos os dogmas são ainda mais antigos e profundamente enraizados. A descrição tradicional, histórica até, é do contrato

acionista interessado deve necessariamente se abster e deixar aos demais a formação da maioria necessária para a aprovação da deliberação, alinhando-se à interpretação *formal* do conflito de interesses; (vi) *caso Oi* (Processo CVM 2013/10913), que tratou do direito de voto dos controladores da Oi na assembleia de avaliação do valor dos ativos da Portugal Telecom para subscrição de aumento de capital e a emissão e integralização de debêntures conversíveis em ações, caso fosse liquidado o aumento de capital previsto, hipótese em que o controlador poderia ser impedido de votar por ser titular de interesse particular, tendo sido entendido, por maioria, pela inexistência do benefício particular, pelo fato de que, ao final da operação, controladores e minoritários serão diluídos na mesma proporção, inexistindo benefício particular do controlador.

<sup>6</sup> Conforme nota 4.

<sup>7</sup> V. as considerações a respeito do “minoritário externo” criado pela lei societária brasileira em *Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 55 e ss. (Capítulo “Direito societário e Novo Mercado”, item “Minoritário Externo”).

como instrumento de persecução exclusiva de interesses individuais em que inclusive as prestações são contrapostas e de sinal oposto. Nada mais individualístico, portanto. O quadro é de entidades ou personagens econômicos contrapostos, guerreando por seus interesses econômicos individualísticos. Mais do que isso. Seus interesses contrapostos sequer têm de convergir em torno do cumprimento objetivo comum do contato, que em matéria de contratos empresariais, é uma troca econômica.

Essa descrição (provavelmente verdadeira em se tratando de aplicação efetiva do direito dos contratos), pouco tem a ver com os dispositivos legais concretos. Na verdade a legislação brasileira atual (Código Civil) prevê que a liberdade de contratar deva ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato (artigo 421). Prevê também que os contratantes têm de se pautar pelos deveres de boa-fé (artigo 422).

Não poderia haver definições legislativas mais claras e enfáticas, tanto no que toca às relações externas ao contrato quanto às relações internas. Quanto às primeiras, afirma que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Já tive oportunidade de opinar que essa definição clara dos limites do contato significa basicamente exigir das partes contratantes respeito de interesses externos e reconhecidos como institucionalmente relevantes. Assim interesse de comunidades diretamente afetadas pela execução do contrato e seus interesses ou então proteção de interesses difusos como o meio ambiente que podem vir a ser afetados pela execução do contrato.<sup>8</sup>

Quanto ao segundo aspecto, das relações internas, o argumento é mais sofisticado e indireto. Mas não por isso menos sustentável ou mais distante dos valores protegidos pela legislação. O pleno cumprimento de um dever de boa-fé só tem sentido se ligado a uma visão do contrato construída a partir da cooperação em torno do objetivo econômico contratual, em que, portanto, as prestações contrapostas e os interesses particulares estão em segundo plano em relação à obrigatória cooperação das partes em tornos dos objetivos econômicos definidos no contrato.<sup>9</sup>

Bem, parece quase desnecessário dizer qual dos dois direitos vem tendo aplicação. De um lado no que toca as relações externas, doutrina e jurisprudência se unem para desbastar e reduzir o conteúdo da noção de função social do contrato, reduzindo-a a uma repetição da garantia de justiça distributiva nas relações contratuais internas sem notar que ao fazê-lo tornam o dispositivo repetitivo e desnecessário, pois nessa hipótese a regra

<sup>8</sup> V. a defesa dessa posição em *Função social do contrato: primeiras anotações*, RT 823/67.

<sup>9</sup> V. a defesa dessa posição em *Breves acenos para uma análise estruturalista dos contratos*, *Revista de Direito Público da Economia*, n. 15 (2005, p. 41 e ss.).

nada mais faria do que repetir e reforçar garantias já existentes, como aquela contra a lesão e o desequilíbrio contratual.

No que diz respeito às relações internas, argumentos de cunho individualístico tendentes a proteger os direitos individuais dos contratantes à exigir a prestação da parte contrária normalmente ainda prevalecem em detrimento da construção de um contato centrado em deveres recíprocos das partes de persecução do objetivo econômico contratual.

E o outro direito aqui, no que consistiria? De um lado um contrato que encontra seus limites nos interesses institucionais relevantes para a sociedade que possam ser afetados pela sua execução (como a proteção ambiental, por exemplo). De outra parte, nas relações internas, um contrato destinado a garantir a persecução comum dos objetivos econômicos pactuados pelas partes e não apenas disciplinado em torno das pretensões individuais subjetivas a prestações da outra parte.

### Um mundo sem patentes

O tema de patentes talvez seja, de todos os aqui enumerados, aquele em que as visões díspares têm mais marcada e direta influência dos diversos interesses em discussão.

Duas descrições completamente diversas do mundo da produção tecnológica podem ser feitas, ambas com sustentação na Lei 9.279/1996.

Senão vejamos. A primeira tradicional, novecentista, é da patente como direito absoluto e exclusivo de seu titular, decorrente da invenção. Remete à ideia de patente como direito absoluto, justificado por um ato de invenção original. Tem forte apoio na doutrina e jurisprudência tradicionais. Tem respaldo em certos dispositivos do Código da Propriedade Industrial, em especial no artigo 6.º que prevê que “ao autor da invenção será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta propriedade, nas condições estabelecidas na lei”.

Esse artigo dá margem a descrições bastante tradicionais do direito à patente, ligadas à própria ideia de propriedade.

Ocorre que também aqui outra descrição diametralmente oposta é possível, com base curiosamente nos mesmos textos legislativos. A patente pode ser vista como a exceção e não a regra.

E para tanto basta passar da definição para os requisitos de concessão das patentes. Durante muito tempo o direito brasileiro, desalinhado das outras legislações internacionais, vinha prevendo apenas dois requisitos para o patenteamento: a novidade e a industriabilidade (artigo 6.º da Lei 5.772 de 21.12.1971 – antigo Código da Propriedade Industrial).

O Novo Código da Propriedade Intelectual, procurando adaptar o sistema brasileiro à Convenção de Estrasburgo, da qual o Brasil é signatário, prevê três e não dois requisitos para o patenteamento: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (artigo 8.º da Lei 9.279 de 14.05.1996).

Essa mudança, aparentemente singela, tem um profundo significado e pode mudar bastante a descrição do próprio significado de patente. O antigo conceito de novidade – tudo aquilo que não está compreendido no estado da técnica – nada dizia a respeito do processo de invenção. Sua existência deixava claro que era necessária uma atividade de criação original, mas não impunha qualquer requisito em relação ao processo de criação.

Já a nova lei caminha em direção oposta. Exigir que exista atividade inventiva é impor que, do ponto de vista científico, haja uma dificuldade vencida ou, ao menos, um resultado inesperado.<sup>10</sup> Não importa, portanto, que a invenção seja por acaso. Por outro lado, não pode se tratar de descoberta de algo que já existia na natureza.

Ocorre que do ponto de vista teórico, o conceito de atividade inventiva implica na verdade restringir a concessão de patentes, estimulando a concorrência. Não poderá haver concessão de patente quando o investimento em pesquisa tiver sido estatal ou acadêmico e na pesquisa aplicada não houver dificuldade vencida. Tampouco haverá patente quando a disputa de mercado entre as empresas já levar ao limiar da invenção e o passo final do pleiteante da patente não implicar nenhum processo de superação de dificuldade. São necessários o investimento tecnológico, o esforço, a aplicação de recursos para a obtenção da patente. O requisito da atividade inventiva torna, portanto, a concessão da patente um verdadeiro instrumento de estímulo ao investimento na pesquisa científica, impedindo a ação do *free-rider*. Evita, portanto, a exploração monopolista e anticoncorrencial do direito industrial. Assim, pode-se dizer que patente não é a regra e sim a exceção que só se justificará caso relevante atividade inventiva tenha sido realizada.

O conceito de atividade inventiva e sua compreensão publicística pode ser muito útil, por exemplo, para a momentosa proteção do chamado conhecimento tradicional contra a apropriação por indústrias ou pesquisadores cujo esforço maior se resume a obter informações das populações nativas sobre os melhores usos de determinados produtos, por essas populações conhecidos (e descobertos) já há muito tempo. Também serve para limitar e restringir as patentes em setores em que a própria concorrência garante a inovação. Ali a atividade inventiva deve ser vista de maneira mais rigorosa,

<sup>10</sup> Cfr. G. FERRI, *Diritto commerciale*, 10ª ed. (a cura di C. Angelici e G. B. Ferri), Torino, Utet, 1996, p. 179.

pois é mais difícil identificar uma superação de dificuldade técnica, já que invenções decorrem diretamente de comparações com outros produtos.

Assim a leitura do artigo 8.º permite uma descrição completamente diferente da patente em relação à interpretação que para muitos deriva do artigo 6.º. Essa seria exceção e não regra. Só seria admitida a sua atribuição em setores específicos (o chamado reconhecimento setorial de patentes) em que é necessária uma verdadeira revolução no estado da técnica para empreender as transformações (imaginem-se setores como biotecnologia ou energias renováveis, em que estamos do ponto de vista técnico em uma situação semelhante a fase anterior à revolução industrial). Observe-se que essa interpretação teria o benefício secundário de direcionar investimentos para setores mais carentes de inovação tecnológica profunda e não para aqueles em que a inovação tecnológica pode ser e é produto da concorrência pelo mercado (e em que, portanto a patente é mero instrumento de captura de lucros monopolistas).

Mas não é só no momento da concessão de patentes que é possível enxergar a existência de dois direitos, ambos com fundamento legal expresso. Também no outro momento essencial da vida das patentes, o momento de seu desaparecimento, duas narrativas são possíveis.

No direito industrial clássico, a disciplina sancionatória das patentes e das marcas gira em torno de regras de inspiração eminentemente privatista, como a nulidade do registro e a caducidade da patente. As regras sobre nulidade sancionam o não cumprimento de dispositivos materiais e regulamentares no processo de registro (artigo 50 da Lei 9.279/1996), já as regras sobre a caducidade da patente têm origem em um fato posterior à concessão da patente (artigo 80, Lei 9.279/1996).<sup>11</sup>

Em comum, ambas têm a perspectiva estática da qual partem. Exatamente porque veem na marca e na patente um privilégio e, portanto, nos requisitos intrínsecos e extrínsecos para a sua concessão o centro da disciplina, é que na invalidade dos atos que justificaram a concessão do privilégio e no desaparecimento posterior das condições que o justificaram, dá-se a cassação do privilégio. A lógica do privilégio e do monopólio tende a fazer as atenções concentrarem-se nas condições explícitas e implícitas para a obtenção do privilégio, fixando-se, portanto, no cumprimento de regras formais. Exatamente como, na época medieval, foi necessário aos canonistas desenvolver a rica teoria das condições implícitas para permitir o desfazimento dos negócios jurídicos ante a rígida regra da vinculação pela expressão de vontade. Nessa perspectiva privatista, é necessário, para

<sup>11</sup> V. a respeito da diferença entre nulidade e caducidade, T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1970, p. 570.

contestar as patentes, incluir novos requisitos, explícitos ou implícitos e nem sempre justificáveis, para a sua concessão.

Ocorre que é possível uma compreensão diametralmente oposta do mesmo fenômeno. A compreensão concorrencial do direito industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para a concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito. A patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos. O direito industrial passa, então, a incluir nesse aspecto uma disciplina específica do abuso de poder.

Esta disciplina tem, relativamente às patentes, vários desdobramentos. De um lado é necessário separar aquelas patentes que efetivamente geram um poder monopolista. Isso geralmente ocorre nos produtos de alta tecnologia dotados de alto grau de essencialidade para o consumidor ou para outros produtores (imaginem-se, por exemplo, medicamentos). Nessa hipótese haverá claramente a função social, derivada de sua essencialidade. Há, portanto, um dever de fornecimento dos produtos a preços não abusivos.

Essa visão, eminentemente concorrencial-institucional da questão em apreço, coaduna-se perfeitamente com a nova lei de propriedade industrial. Com efeito, ali se prevê, no artigo 68, a possibilidade de licenciamento compulsório em caso de abuso de poder econômico. O parágrafo 1.º acrescenta que essa possibilidade também existe em caso de utilização insuficiente para as necessidades nacionais.<sup>12</sup> Na verdade, essas últimas hipóteses também poderiam ser caracterizadas como abuso de poder econômico. Enquanto a regra do *caput* claramente refere-se a preços abusivos, o parágrafo primeiro tem como objeto aquele abuso decorrente da limitação de produção (que também leva ao desabastecimento do mercado). Ora os dispositivos mencionados, analisados em conjunto, claramente configuram para os detentores de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais. Note-se que a consequência do descumprimento desse tipo de regra é exatamente o rompimento do monopólio por meio do licenciamento compulsório.

<sup>12</sup> Esse artigo foi uma das bases para o recente pedido de instalação de painel na OMC contra o Brasil por descumprimento ao TRIPS (*Agreement on Trade - Related Intellectual Property Rights*) firmado e ratificado pelo Brasil (Decreto 1.355/1994) particularmente por sua política com relação aos remédios. A bem ver a situação, com relação a estes, não há sequer descumprimento do TRIPS, que prevê exceção expressa, permitindo o uso sem respeito à patente em casos de emergência nacional (artigo 31). Esse é claramente o caso em relação a medicamentos. Mesmo com relação a outros bens, no entanto, uma compreensão verdadeiramente concorrencial das patentes levaria necessariamente à conclusão de que em caso de abuso a consequência necessária deve ser a reintrodução da concorrência (por meio do licenciamento).

Chega-se então a uma conclusão curiosa. Dependendo do observador ou intérprete a lei, permite-se descrever tanto um universo em que as patentes aparecem como um direito subjetivo clássico, atribuída a qualquer inovador, como seu exato oposto, ou seja, um mundo sem patentes, em que sua concessão e permanência é por assim dizer a exceção. Porque então a clara prevalência prática da primeira narrativa sobre a segunda? Aqui também, como nos exemplos anteriores, talvez a indagação seja tão ou mais importante que sua resposta. Será o caso de voltar a essa questão na conclusão.

### Um mundo sem monopólios

O último ramo do direito empresarial escolhido é o do direito anti-monopólios (direito antitruste). Também aqui a escolha não é casual.

O direito antitruste lida diretamente e tenta impor limites à principal tendência histórica do funcionamento do sistema econômico capitalista, à concentração e monopolização.<sup>13</sup> Concentração e monopolização cujos efeitos não se fazem sentir apenas na esfera social (v. a respeito o texto citado na nota 13), mas também em relação a questões de relevância premente para a manutenção da espécie no século XXI como a questão ambiental.<sup>14</sup>

Aqui, portanto, a dicotomia entre direitos apresenta-se clara, não entre diferentes dispositivos da lei, mas entre lei e direito aplicado. Na Constituição, os limites aos monopólios são claros, ora tornando ilegal a dominação dos mercados – considerada ela mesmo abuso do poder econômico (artigo 173, parágrafo 4.º)<sup>15</sup> – ora proibindo pura e simplesmente a existência de monopólios, como no caso por exemplo do setor de comunicações (artigo 220).

Na prática, a efetivação de tais limites tem sido muito limitada. Na esfera administrativa e judicial, nos 20 anos de vigência da lei antitruste, poucos foram os casos de imposição de limites estruturais reais aos monopólios.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Cfr. *Historie critique des monopoles – une perspective juridique et economique*, Paris, LGDJ, 2010.

<sup>14</sup> Não são casuais os dados existentes sobre participação de grandes conglomerados na emissão de gases efeito estufa no século XX. Poder econômico e descompromisso ambiental andam historicamente unidos exatamente porque é da racionalidade das estruturas de poder o abuso e as várias drenagens, inclusive em relação aos bens de interesse ambiental – v. a respeito *Direito Concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 365 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. C. SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 411 e ss.

<sup>16</sup> Os dados extraídos de <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?44f70613e238cc56a0ad82df>, em setembro de 2014, apesar de não destacarem quais as restrições impostas para a aprovação de AC, nem os motivos específicos para as restrições, demonstram que de 712 Atos de Concentração apresentados ao CADE no ano de 2012, 670 foram aprovados sem qualquer restrição, restando 3 reprovações e 39 aprovações com restrição. Nota-se, é verdade, mais

No âmbito regulatório a situação é mais grave. Em matéria de regulação das comunicações, por exemplo, qualquer tentativa de dar cumprimento ao artigo da CF que proíbe os monopólios é prontamente taxada de ideológica e descartada.

O direito imaginário, permissivo às concentrações econômicas substitui os dispositivos Constitucionais, com seus limites claros à monopolização.

### Conclusão

Um ensaio sobre o avesso do direito empresarial comporta várias conclusões e muitas críticas. Desenvolvê-las todas extrapolaria os limitados objetivos do presente estudo.

Tentarei, portanto, esboçar apenas duas críticas à forma como direito empresarial vem sendo aplicado, a primeira mais ampla e a segunda mais específica.

A primeira. A existência de dois direitos e a contínua prevalência de um deles, consistentemente direcionada a proteger as estruturas e grupos de interesse detentores de maior poder econômico indica uma compreensão da sociedade por parte da comunidade jurídica baseada em interesses econômicos. Tal compreensão peca por várias razões. Em primeiro lugar porque privilegia exatamente aqueles grupos mais beneficiados pelo processo econômico. Mas talvez a principal crítica seja a empírica. Dados históricos indicam no sentido de que tal modelo de sociedade foi historicamente responsável por distribuição inversa de renda, pobreza e subdesenvolvimento no Brasil.<sup>17</sup> É possível argumentar também que tal visão é incapaz de captar o significado de agrupamentos sociais e os elementos que lhes dão coesão, ligados, como demonstram estudos antropológicos, a circunstâncias sociais e políticas, que na origem e antes da artificial sobreposição da lógica econômica às demais (operado pelo triunfo da civilização capitalista), revelavam ser os elementos por excelência de coesão social da grande maioria dos

---

recentemente um aumento no número de restrições impostas em atos de concentração, dado que em 2013, dos 99 Atos de Concentração conhecidos, 50 foram aprovados sem qualquer restrição, 3 foram reprovados e 46 foram aprovados com restrição. Observe-se, no entanto, que na maioria dos casos as restrições não foram severas ou de natureza estrutural, motivo pelo qual não parece possível falar em real alteração de tendência em matéria de controle das estruturas. Já em matéria de sancionamento a condutas, em especial cartéis o mesmo não pode ser dito. O controle se tornou muito mais efetivo nos últimos anos, sancionando eficazmente os cartéis privados e também aqueles relativos a obras públicas.

<sup>17</sup> V. a esse respeito a pesquisa empírica em C. SALOMÃO FILHO, B. FERRÃO, I. CESAR RIBEIRO, *Concentração, estruturas e desigualdade – as origens coloniais da pobreza e má distribuição de renda no Brasil*, São Paulo, Publicações do Grupo Direito e Pobreza, 2008.

agrupamentos sociais em sua forma originária.<sup>18</sup> A compreensão tradicional do universo social aqui criticada é, portanto, capaz de gerar a um só tempo pobreza e desagregação social – características que de resto são a marca de nossos dias.

A segunda. Existentes dois direitos, é muito mais difícil para nós, aplicadores do direito, seja na academia, magistratura, advocacia, e carreiras públicas jurídicas em geral, eximir-nos de culpa pelo direito aplicado. Não se trata do legislador, capturado ou distante. A escolha entre os dois direitos e a consequente formatação da sociedade é feita por todos nós, dia a dia, ao interpretar e aplicar o direito. Desorganizada ou injusta a sociedade, revela que somos parte do problema e não da solução.

---

<sup>18</sup> V. a respeito M. GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines*, Albin Michel, 2007, p. 193 e ss.