

AS ORIGENS DO DIREITO COMERCIAL E A SUA FORMAÇÃO ENQUANTO ESPAÇO DE EXCEÇÃO

THE ORIGINS OF COMMERCIAL LAW AND ITS FORMATION AS A SPACE OF EXCEPTION

FÁBIO QUEIROZ PEREIRA*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma interface entre a teoria do estado de exceção e as origens do direito comercial. Por meio de um resgate histórico acerca da formação do aludido ramo do direito, intenta-se demonstrar a criação de um espaço de exceção, ligado originalmente à suspensão da aplicação do *ius civile*. A análise do desenvolvimento e dos atuais contornos do direito comercial demonstra que, em decorrência de seu desenho estrutural voltado para a proteção de determinadas relações creditícias e contratuais, concretiza-se um permanente estado de exceção em nosso ordenamento jurídico contemporâneo. Concluiu-se que são constantes as hipóteses de não aplicação de medidas e que há a criação de uma normatividade própria em benefício da mesma classe que se apropriou dos mecanismos excepcionais fornecidos pelas corporações de ofício.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comercial. Origens do direito comercial. Espaço de exceção.

ABSTRACT

*This paper aims to carry out an interface between the theory of state of exception and the origins of commercial law. Through a historical review about the formation of that branch of law, the article attempts to demonstrate the creation of a space of exception, originally attached to the suspension of *ius civile*. The analysis of the development and current contours of commercial law demonstrate that, due to its structural design, aimed to protect certain credit and contractual relations, is implemented a permanent state of exception in our contemporary legal system. It's possible to recognize a lot of situations of no application of appropriate measures and the creation of a self normativity to benefit the class of traders.*

KEYWORDS: Commercial law. Origins of commercial law. Space of exception.

* Doutorando em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra – Portugal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Civil no Curso de Direito do IBMEC-MG e na Faculdade de Direito Milton Campos.
E-mail: fabio.queiroz@gmail.com.

SUMÁRIO: 1 – Aspectos introdutórios. 2 – O estado de exceção. 3 – As origens históricas do direito comercial e a construção da exceção. 4 – O desenvolvimento do direito comercial e a manutenção da exceção. 5 – Conclusão: o novo capital, direito comercial e a permanente exceção. Referências.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

As teorias relativas ao denominado estado de exceção são, habitualmente, objeto de estudo de tradicionais campos do direito público, como o direito constitucional, direito penal ou direito tributário. Não obstante a superação da estanque dicotomia jurídica entre público e privado¹, não se verifica o empreendimento de esforços no sentido de aproximar a aludida temática das questões ligadas ao direito civil ou ao direito empresarial.

A visão clássica do estado de exceção, enquanto provisória suspensão do direito ou, de modo mais técnico, da Constituição em sua inteireza ou em pontos de grande importância, como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais (MATOS, 2012, p. 282), dificilmente pode ser contrastada com os habituais elementos de direito privado. Trata-se de uma concepção adstrita a paradigmas publicísticos, pois, nas suas origens, a exceção centra-se nas questões de interesse público primário, concretizando-se enquanto instituto constitucional ligado à manutenção da ordem².

1 Nesse sentido, Michele Giorgianni (1998, p. 37): “Como se sabe, a própria distinção entre Direito Público e Direito Privado está em crise há muito tempo. Pode então surgir, legitimamente, a suspeita de que aquelas fórmulas estejam ligadas a uma concepção, já superada, daquela distinção. Impõe-se, pois, a necessidade de saber qual a concepção de Direito Privado e de Direito Público se deseja considerar quando se fala em publicização do primeiro. Um outro e talvez mais importante motivo, que induz ao controle de validade daquelas fórmulas, provém da observação do que ocorre no outro terreno, ou seja, no seio da doutrina publicista. Aqui os mais conscientes cultores do Direito Administrativo têm extraído observações interessantes das consequências que se verificaram depois do uso cada vez mais importante dos instrumentos do Direito Privado por parte dos poderes públicos”.

2 Um exemplo de emprego dessa concepção clássica é apresentado por Giorgio Agamben (2011, p. 12): “Tome-se o caso do Estado nazista. Logo que tomou o poder (ou,

No entanto, verifica-se, hoje, a identificação da excepcionalidade como sendo o habitual. Os estudos sobre a figura do estado de exceção aproximam-no de uma conjuntura na qual a exceção seria a regra, materializando, na verdade, a manutenção de um permanente estado de exceção. Essas concepções teóricas estão fundadas, principalmente, no pensamento de Walter Benjamin e de Giorgio Agamben, que buscaram dar novos contornos à figura em análise.

Diante do referido panorama, são abertos espaços para plausíveis interseções do fenômeno do estado de exceção com típicos institutos de direito privado. Pode-se mesmo pensar na manutenção de variados espaços de excepcionalidade dentro do corpo normativo que serve de base para a salvaguarda das questões de ordem privada. Nesse contexto, deve ser destacado o enquadramento do direito comercial enquanto espaço de exceção, seja em razão da sua formação enquanto uma suspensão de aplicação do *ius civile*, seja em decorrência de seu atual desenho estrutural, voltado para a proteção de determinadas relações creditícias e contratuais, muitas vezes de caráter meramente especulativo.

O presente trabalho intenta fazer uma interface da teoria do estado de exceção com as origens do direito empresarial. Buscar-se-á delimitar a concepção do instituto para depois contrastá-lo com o momento de formação do direito comercial e demonstrar o caráter permanente do estado de exceção em nosso ordenamento jurídico contemporâneo.

2 O ESTADO DE EXCEÇÃO

O estado de exceção não é um conceito de fácil apreensão. De acordo com Giorgio Agamben (2004, p. 12), entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se,

como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos”.

certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Demonstra-se importante, assim, que sejam traçados alguns delineamentos com relação à própria concepção de estado de exceção, possibilitando dar as bases para o desenvolvimento das presentes conjecturas.

Como evidenciado por Agambem (2004, p. 15) o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite. Assim, a característica mais importante do estado de exceção reside na referida suspensão temporária do direito vigente. Tal fenômeno opera-se em razão de um panorama jurídico que leva a necessidade de não aplicação da norma a um determinado contingente factual. Diante de um contexto extraordinário, o Estado, por meio do soberano, decide pela interrupção da eficácia de uma norma.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, em Carl Schmitt, o próprio conceito de soberania está ligado ao estado de exceção. A sua clássica obra *Teologia Política* é inaugurada com a seguinte frase: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2005, p. 23). A soberania aqui é compreendida enquanto poder para resolver a tensão existente entre a norma legislada e a realidade social insculpida. O direito, por si só, não é capaz de prever situações excepcionais que justifiquem uma aplicação diferenciada da lei ou até mesmo a sua não aplicação. Desse modo, diante de contextos fáticos anormais, quem toma a decisão pela formação de um estado de exceção realiza o exercício da soberania. Assim expõe Schmitt:

Una razón sistemática de carácter lógico jurídico hace del “estado de excepción” el término por excelencia para la definición jurídica de la soberanía. La decisión sobre lo excepcional es la decisión por antonomasia. En efecto; una norma general: la representada, por ejemplo, en un concepto normal cualquiera del Derecho vigente, nunca puede prever una excepción absoluta ni dar fundamento cierto a una decisión que zanje si un caso es o no verdaderamente excepcional (SCHMITT, 2005, p. 23).

Desse modo, é possível constatar que o direito não é dotado de auto-suficiência. Em verdade, ele não basta por si só e não se demonstra capaz de efetuar previsões acerca do que é excepcional.

A consequência direta dessa proposição reside no fato de que o problema da exceção deve ser solucionado, e quem irá resolvê-lo é quem efetivamente detém o poder, sendo este chamado de soberano, na teoria de Schmitt.

Nesse ponto, é interessante perpassar por algumas características que, comumente, são identificadas com o estado de exceção. Baseando-se em François Sainte-Bonnet, Andityas Matos (2012, p. 282) apresenta três elementos que perfilham o instituto em análise.

Em primeiro lugar, o estado de exceção está circunscrito à infração ou à derrogação do direito normal, eis que o estado de exceção só tem sentido quando relacionado a certo ordenamento jurídico criado ou a se criar. Desse modo, não é possível se falar de tal figura no contexto de governos despóticos ou absolutistas. Trata-se de conceito ligado necessariamente ao paradigma do estado de direito, que permite uma efetiva suspensão normativa quando materializada hipótese que dê ensejo à exceção (MATOS, 2012, p. 283).

Outro elemento a ser destacado centra-se na referência a uma situação anormal que não pode ser prevista de antemão (MATOS, 2012, p. 283). Assim, deve ser configurado o caráter extraordinário do evento que abre espaço para uma decisão acerca da suspensão de conteúdo normativo.

O terceiro elemento concretiza-se como um consectário do elemento anterior. Diante do quadro de anormalidade, em que é necessária a suspensão do ordenamento, faz-se forçosa a definição de uma finalidade a ser atingida. A exceção deve possuir uma meta, tendo em vista que ela não se impõe como fim, mas apenas como meio para se atingir determinadas proposições. Nesse ponto, é preciso destacar que é também o soberano quem decidirá sobre o conteúdo dos fins que deverão ser alcançados pela suspensão da aplicação de normas jurídicas (MATOS, 2012, p. 284).

Constata-se, assim, que o estado de exceção é instituto que se realiza no limiar entre direito e fato. A facticidade materializada na situação anormal é contrastada com a suspensão da ordem jurídica. Desse modo, as medidas de exceção são justificadas pela realidade anômica do plano dos fatos. É sob essa relação de tensão

que se constrói o arcabouço teórico da exceção. Nesse sentido, discorre Agamben:

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei” (AGAMBEN, 2012, p. 25).

O que se percebe atualmente, no entanto, é a presença de um estado de exceção permanente. São facilmente identificáveis em nossa ordem jurídica variados espaços de exceção imunes à aplicação da normatividade do direito. Adstritos ora a elementos de ordem subjetiva ora a elementos de ordem objetiva, são traçados determinados campos de não aplicação da legislação comum a determinadas situações contingenciais.

A título de exemplo, os denominados megaeventos que ocorrerão no Brasil, tais como Copa do Mundo e Olimpíadas, ensejaram a elaboração de uma vasta legislação de exceção, suspendendo a aplicação de normas – como o Estatuto do Torcedor ou a própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/94) –, e levando, inclusive, à legitimação de uma isenção de responsabilidade da FIFA (Federação Internacional de Futebol Associado) por quaisquer problemas ocasionados em nosso país. Nesse sentido, posiciona-se Gilberto Bercovici (2004, p. 180):

O que ocorreu, e ainda está ocorrendo, é a irrupção do estado de exceção para fora de seus limites. O estado de exceção está se espalhando por toda a parte, tendendo a coincidir com o ordenamento normal, no qual, novamente, torna tudo possível. Desta forma, o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente e o paradigma dominante de governo na política contemporânea, com a ameaça de dissolução do Estado.

Interessante perceber que os questionamentos centrados na presença de um espaço de exceção permanente não ensejam elucubrações apenas de tempos recentes. Em sua provocativa tese de número 8, Walter Benjamin já delineava a existência de um estado de exceção permanente:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável (BENJAMIN, 2012, p. 13).

Desse modo, é possível perceber a própria origem do direito na exceção. Diante da relação de tensão travada entre fato e norma suspende-se o direito vigente e cria-se direito novo para resguardar uma determinada situação. A peculiaridade, contudo, reside no fato de que o excepcional torna-se regra, e passa a ser dotado de normatividade dentro de nosso ordenamento jurídico.

3 AS ORIGENS HISTÓRICAS DO DIREITO COMERCIAL E A CONSTRUÇÃO DA EXCEÇÃO

Habitualmente, os teóricos do direito comercial costumam apontar a Idade Média como sendo o período de surgimento da aludida categoria normativa³. Apesar de não haver dúvidas quanto à existência de pretéritas redes de tráfego comercial, até então, não se demonstrava necessário um regramento próprio que fosse aplicado apenas às transações de ordem mercantil. Algumas condições precisavam materializar-se para que o direito comercial surgisse e se desenvolvesse de forma autônoma. Sobre o aludido contexto, discorre Francesco Galgano (1990, p. 28):

As condições verificar-se-iam muito mais tarde, entre os séculos XI e XII, e gerar-se-iam a partir da crise do sistema feudal, no plano

3 Nesse sentido, João Eunápio Borges (1971, p. 2) dispõe: “A verdadeira história do direito comercial, com a feição que adquiriu e ainda conserva em muitas legislações modernas – ramo autônomo do direito privado – começa nas cidades mercantis na Idade Média. Sobretudo nas italianas. A fase anterior, romana e pré-romana, apesar de alguns poucos institutos que legou ao direito comercial, constituiu-lhe a pré-história”.

político, e da economia senhorial, no plano econômico. Estas condições determinam-se à medida que o declínio da economia senhorial permite um ressurgimento do tráfego e toma corpo uma nova classe de mercadores, a quem a crise interna do sistema feudal permite uma actuação, jamais conhecida até então, não apenas no campo da iniciativa econômica mas também no campo político. O novo grupo social pôde constituir organizações de classe próprias, como o são as corporações, e o sistema municipal permite-lhe fundar as suas próprias estruturas políticas, mediante as quais pode afirmar a sua condição de classe e exercer uma função dirigente sobre as demais classes.

Vê-se, por consequência, que o direito comercial surgiu como produto da atuação de uma classe, em decorrência da necessidade de veiculação de normas particulares para a solução de seus problemas contingenciais. Com o reflorescimento do tráfego mercantil, os comerciantes, agrupados em suas respectivas corporações de ofício, cuidaram de elaborar normas que propiciassem segurança e agilidade às suas transações negociais. O excessivo formalismo – característico do direito civil vigente àquela época – e a oposição existente contra a usura – marca distintiva do direito canônico – impediam que as tratativas fossem celebradas de maneira célere e minimamente seguras para os mercadores. Fez-se necessária a criação de uma regulação própria: o *ius mercatorum*.

Contrastando o surgimento do direito comercial com a teoria do estado de exceção, é possível perceber uma efetiva suspensão da aplicação do direito civil (*ius civile*), no que concerne às práticas e usos experimentados pelos mercadores. Os elementos que perfilham a excepcionalidade são aqui identificados. O primeiro deles reside na identificação de uma situação anormal. Não era possível prever antecipadamente as necessárias contingências pelas quais passavam os comerciantes do período de aumento dos fluxos comerciais. Em paralelo, a não aplicação do direito comum tem amparo em uma finalidade superior a ser alcançada, qual seja um maior desenvolvimento do comércio por meio da não aplicação de instrumentos que enrijeciam as práticas negociais.

O declínio da economia feudal e a reabertura das vias comerciais no norte e no sul da Europa (Cf. GALGANO, 1990, p. 31) configuram uma situação imprevisível e justificadora de uma

não aplicação do direito vigente. A possibilidade de apropriação de significativas margens de lucro, foram o impulso finalístico para que uma classe se organizasse e decidisse pela não aplicação do direito civil às suas tratativas. Tudo isso acompanhado pela autorização das respectivas autoridades municipais.

Do espaço de exceção institucionalizado e reconhecido, surge o novo direito, pautado numa normatividade própria e na existência de um autônomo poder jurisdicional, eivado de forças para fazer cumprir as suas decisões. Esse panorama é delineado por Galgano (1990, p. 39):

Além de governar as artes menores, que se converteram em apêndices seus, a corporação mercantil estende os seus poderes, normativos e jurisdicionais, para fora de sua esfera corporativa, desenvolvendo autênticas funções de governo da sociedade urbana. A corporação estabelece, através dos seus próprios estatutos, uma regulação das relações comerciais que será vinculativa não apenas para os comerciantes membros das corporações – incluindo os artesãos –, mas também para terceiros não comerciantes, que com estes estabelecessem relações. A corporação cria, no seu próprio seio, jurisdições mercantis, exercidas por juizes-comerciantes que, além da competência para conhecerem das questões controversas entre comerciantes, conhecem das causas entre comerciantes e não comerciantes.

Importante perceber que as normas surgidas nesse contexto possuíam natureza essencialmente consuetudinária. As situações negociais vivenciadas de maneira contínua pelos comerciantes materializavam o ponto inicial para elaboração de um instrumento de salvaguarda por parte das corporações de ofício. A prática do comércio era o elemento a informar as necessidades conjunturais existentes e, por consequência, a fornecer os instrumentos normativos perquiridos pelos mercadores.

Em verdade, é possível constatar que as corporações buscaram transformar costumes e usos comerciais em normas de regência entre os comerciantes, denotando o importante aspecto subjetivo que circundava a matéria: o *ius mercatorum* aplicava-se apenas aos mercadores inscritos em suas respectivas corporações de ofício.

Os usos e costumes⁴ alcançam, assim, uma importância ímpar no direito comercial. Por se tratar de um ramo em que a prática, habitualmente, precede a regulação, é possível constatar que o exercício contínuo de determinados atos leva à sua materialização em normas. Nesse sentido, Rubens Requião (2010, p. 53) aduz que:

[...] por ter sido inicialmente um direito consuetudinário, fundado nos estilos dos comerciantes medievais, o direito comercial mantém tradicionalmente o prestígio dos usos e costumes como regra subsidiária de suas normas. As codificações, surgidas no século XIX, sintetizaram os usos e costumes já incorporados nos repositórios organizados pelas corporações. O legislador das codificações não podia, portanto, desconhecer ou desprezar a inteligência inventiva e a engenhosa capacidade de técnica dos comerciantes de criarem normas práticas, para assegurar o desenvolvimento de seus negócios, com instrumentos novos e descerrando novos horizontes.

Assim, as práticas e os comportamentos implementados pelos comerciantes revelam-se como meios adequados para materializar a segurança das transações negociais. O mercado passa a estar adstrito à confiança existente na repetição e constância de determinadas condutas tomadas pelos mercadores⁵. Com o crescente desenvolvimento do tráfico, os usos e costumes vinculantes não mais se demonstraram restritos às práticas dos mercadores, mas passaram, por outro lado, a também alcançar as práticas mercantis que extrapolavam os limites da corporação de ofício. Constata-se, por conseguinte, uma verdadeira função uniformizadora dos usos e costumes mercantis, gerando expectativas de respeito e cumprimento dos mesmos, em razão da regularidade encontrada⁶.

4 Importante salientar que alguns doutrinadores distinguem usos de costumes, “vendo nos costumes uma regra mais imperativa do que os usos, os quais seriam simplesmente convencionais” (REQUIÃO, 2010, p. 53).

5 Nesse ponto, Rubens Requião apresenta interessante adução relacionada aos usos interpretativos. De acordo com o autor: “Os usos interpretativos ou convencionais são os que decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações comerciais. Integram-se nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas, e de tal forma ingressam nos negócios que seu uso constante os torna implícitos, sendo desnecessário enunciá-los expressamente. Recebem eficácia da simples vontade das partes”. (REQUIÃO, 2010, p. 54).

6 Nesse mesmo sentido, assinala Paula A. Forgioni (2012, p. 192): “Os agentes trazem

Contrastando as práticas e costumes comerciais com a doutrina do estado de exceção, é possível, primeiramente, constatar que eles inserem-se em um espaço nebuloso entre fato e norma. Essa característica é também identificada na materialização da excepcionalidade. De acordo com Andityas Matos (2012, p. 286), existem duas tradições jurídicas no estudo do problema da exceção. A tradição jurídica de origem alemã vê o estado de exceção como um triunfo dos fatos diante do direito. Já a tradição jurídica de origem francesa, vê o estado de exceção como uma espécie de adaptação do direito aos fatos.

Independentemente da orientação teórica tomada, faz-se importante aqui constatar a presença desse outro elemento do estado de exceção nas origens do direito comercial. Como se trata de um campo em que se verifica sempre a tentativa de ultrapassagem das balizas dadas pela legislação, é sempre materializada a tensão entre fato e norma. Essa contingência é superada apenas pela decisão do soberano no sentido de não aplicar um determinado grupo de normas às relações travadas pelos sujeitos comerciantes. Vê-se, assim, a materialização da exceção. Nas origens do direito comercial, a prática habitual (usos e costumes comerciais) leva à suspensão da eficácia do direito civil nas relações negociais realizadas pelos mercadores.

A tendência de superação das unidades políticas, na busca da uniformização das práticas negociais em âmbito internacional, materializa-se como uma constante no âmbito da juridicidade mercantil. Além disso, por se desenvolver, principalmente, a partir da práxis, esse ramo apresenta-se sempre à frente dos desenvolvimentos teóricos ou mesmo da promulgação de instrumentos legislativos. A criatividade do comerciante é, assim, o vetor evolutivo da ciência jurídica comercial e, por essa razão, a eficiência dos instrumentos

à luz e adaptam modelos de comportamento que, aos poucos, vão se espalhando porque se mostram eficientes e adequados à satisfação de determinadas necessidades. Gera-se, assim, regularidade do agir e possibilidade de previsão do comportamento que será adotado pelo parceiro comercial. Esses esquemas – que normalmente atuam em prol do tráfico – espalham-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas”.

utilizados é verificada em maior amplitude. Trata-se, na verdade, do direito emergindo da exceção.

4 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL E A MANUTENÇÃO DA EXCEÇÃO

Uma segunda fase do direito comercial é identificada com a materialização dos chamados atos de comércio. A referida construção teórica fez-se imperiosa, pois, diante da restrição de aplicação do direito a uma determinada categoria de sujeitos, fez-se necessária uma expansão do seu campo de aplicação. Passa-se, assim, para a chamada fase objetiva, delimitada não mais por aspectos pessoais, mas sim pelos atos praticados. Tal delimitação guarda afinidade com o Código Comercial francês de 1807, que materializou em seu texto a aludida teoria dos atos de comércio. Nesse contexto, afirma Paula Forgioni:

Mais adiante no tempo, a ascensão do liberalismo exigiu a conquista de mercados e, portanto a libertação das amarras das corporações. Com a sua supressão e a promulgação do Código Comercial francês, a competência especial, firma-se na prática de determinados atos: os atos de comércio. [...] Estavam sujeitos às leis e à jurisdição especial os que praticassem esses atos com habitualidade e os que com ele entabulassem contratos (FORGIONI, 2012, p. 35).

Como assinalado por Carvalho de Mendonça (1933, p. 67), “com as conquistas napoleônicas, o código francês de 1807, difundiu-se por toda Europa com imensa autoridade”. Contudo, percebe-se que mesmo o desenvolvimento do direito comercial estando atrelado à teoria dos atos de comércio, ele também estava permeado de excepcionalidade. A incorporação de normas para dirimirem questões específicas dos comerciantes e retirando a isonomia presente na pura e simples aplicação do direito civil institucionalizaram o anterior espaço de exceção existente. A existência de um direito comum e de um direito especial já pressupõe o espaço de exceção, consubstanciado na não aplicação do direito comum (direito civil) às relações comerciais.

Outro ponto a corroborar com a configuração do paradigma da excepcionalidade centra-se na constatação da existência de

uma jurisdição própria para dirimir as questões que envolviam os mercadores. Inicialmente, preponderava o aspecto subjetivo dos envolvidos nas lides. Se a questão envolvesse comerciante matriculado na corporação de ofício, esta última era a responsável pela solução da questão. Em um segundo momento, passou-se a prescindir da matrícula para a definição da competência das corporações. Segundo Carvalho de Mendonça (1933, p. 61), nesse contexto histórico, “bastaria o efetivo exercício do comércio”. Ainda segundo o autor, “alargava-se a competência somente quanto ao modo pelo qual se determinava a qualidade de comerciante; esta não dependia mais da matrícula na corporação”.

O próximo passo para a incorporação da exceção ao sistema deu-se por meio da institucionalização da jurisdição comercial. Em variados ordenamentos, surgiram os tribunais do comércio, repassando ao Estado a legitimidade para julgamento das lides envolvendo problemas de ordem comercial⁷. Como assinalado por Paula Forgioni (2012, p. 42), “a jurisdição especial para os mercadores foi uma das razões determinantes do nascimento do direito comercial, concretizando sua autonomia e reforçando o poder da classe mercantil”. Analisado o fato por outro prisma, é possível identificar o exercício de um poder acerca da legitimação do espaço de exceção. O exercício da soberania deu-se pela suspensão da aplicação dos trâmites processuais ordinários aos que estavam vinculados aos atos de comércio.

Não obstante a permanência da exceção inculpada nos variados ordenamentos jurídicos, é importante destacar que esse espaço de excepcionalidade do direito comercial chegou a ser contestado no decorrer da história. Como as normas comerciais eram obra de uma classe, iniciou-se um questionamento acerca da quebra de isonomia quando comparada a aplicação do direito com o numeroso contingente de cidadãos abarcados pelo direito civil. As dificuldades de conciliar normas de dois ordenamentos distintos somadas à problemática da definição do que era matéria

7 Nesse ponto, é importante destacar que, inclusive no Brasil, vivenciou-se o fenômeno da jurisdição especial. O Regulamento n. 737/1850 assegurava o exercício jurisdicional específico dos Tribunais do Comércio.

de ordem comercial e do que era matéria de ordem cível são alguns argumentos levantados no sentido de justificar uma unificação do direito obrigacional privado, e afastar o caráter excepcional do direito comercial. Nesse sentido era a posição de Cesare Vivante, em 1888⁸:

Il diritto commerciale fu il più nobile frutto della vita chiusa delle corporazioni mercantili, fu benefica reazione contro quelle ancor più deleterie del diritto romano, sofisticato dai suoi glossatori, e contro quelle ancor più deleterie del diritto canonico. Ma combattendo le battaglie del diritto, a tutela del credito, il commercio lavorava per tutto il popolo, e la sua disciplina giuridica è divenuta patrimonio comune. Oggidì in cui v'è un solo potere legislativo, che s'ispira agli stessi principi di eguaglianza e di libertà per ogni ramo del diritto privato; - in cui la riforma delle leggi civili può seguire agevolmente i progressi economici; — quell'autonomia non ha più ragione di essere. Finché essa dura, continuerà il contrasto fra il nostro sistema legislativo e l'unità della nostra vita economica: il diritto subirà un'influenza storica che non lascia più tracce nella società moderna, su cui pur scende la sua disciplina. Intanto quella separazione è un ostacolo, ognora più sensibile, alla formazione di un diritto cosmopolita, mentre pare che lo favorisca; è cagione di continue soperchierie a danno dei cittadini, costretti a subire la legge che i commercianti si vennero elaborando a tutela dei propri interessi; nuoce al progresso scientifico e legislativo del diritto privato: del diritto commerciale, perché esso trae uno scarso beneficio dalla dottrina giuridica tradizionale, e del diritto civile, perciò gli manca l'elemento che può rinnovarlo secondo lo necessità della vita reale; nuoce infine all'esercizio pratico perché è cagione di inestricabili difficoltà processuali (VIVANTE, 1888).

Essa contestação em prol do tratamento isonômico, no entanto, não encontrava guarida, em razão do exercício do poder por parte do capital privado. As benesses de uma legislação autônoma e de uma jurisdição própria não podiam ser abandonadas pelos mercadores daquele período. Era esse cenário apto a proteger os comerciantes e a impulsionar o comércio. É interessante notar

8 É interessante elucidar que Vivante muda de posicionamento ao ser indicado para presidir a Comissão encarregada da reforma do Código Comercial italiano. Desse modo, em 1919, o jurista se posiciona no sentido de não estarem os dois ramos adequadamente maduros para a ocorrência da unificação.

que, no Brasil, o célebre Augusto Teixeira de Freitas foi um dos primeiros a levantar a voz em favor da reunificação do direito privado, pugnando pela não separação de corpos que devem ser vistos em sua homogeneidade. Nesse sentido, são as suas palavras:

Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se 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. Não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis; pois que em todo decurso de um código civil aparecem raros casos, em que seja mister distinguir o fim comercial dos atos, por motivo da diversidade nos efeitos jurídicos” (apud CARVALHO, 1988, p.127).

Atualmente, o direito obrigacional privado encontra-se unificado no Código Civil. Apesar de resolvida a questão estrutural por meio da legística, o problema da exceção continua a ser experimentado. O próprio direito comercial vivenciou grandes mudanças e se pauta, hoje, no chamado mercado de capitais. A “empresarialidade” está entrelaçada com os mercados financeiros, servindo, não raro, como mecanismos de realização dos anseios dos especuladores. Desse modo, novos espaços de exceção são traçados, criando campos imunes à aplicação da legislação ordinária e, comumente, submetidos a uma normatividade própria. O referido contexto é, ainda, agravado pelo argumento de crise, comumente chamado para o resgate dos grupos empresariais que se chafurdam em dívidas⁹. Nesse contexto, António Gómez Ramos questiona a própria noção de crise. Segundo o autor:

Lo que en estos días se llama crisis, y es más bien un lío enorme, un desproporcionado desajuste (propenso, por eso, a justificar todo tipo de ajustes), responde menos a ese anhelo que lo ignora. Ignora que, seguramente, lo que está en crisis es la crisis «normal», la habitual

9 Nesse contexto, António Gómez Ramos questiona a própria noção de crise. Segundo o autor, “lo que en estos días se llama crisis, y es más bien un lío enorme, un desproporcionado desajuste (propenso, por eso, a justificar todo tipo de ajustes), responde menos a ese anhelo que lo ignora. Ignora que, seguramente, lo que está en crisis es la crisis «normal», la habitual crisis de la modernidad. Y eso es lo que hace anhelar, con la realidad misma, una crisis de verdad” (GÓMEZ RAMOS, 2012, p. 122)

crisis de la modernidad. Y eso es lo que hace anhelar, con la realidad misma, una crisis de verdad (GÓMEZ RAMOS, 2012, p. 122).

Assim, os contextos históricos alteram-se, mas a exceção permanece com novos matizes. O direito comercial (ou direito empresarial) continua a ser um espaço em que se verifica a não aplicação de determinados contingentes normativos e salvaguardado por uma legislação que tem a sua origem no próprio campo de excepcionalidade. Baseado em argumentos de ordem falaciosa, dota-se de uma falsa legitimidade a manutenção desse espaço de exceção, como se ele fosse necessário e essencial para o atual mundo em que vivemos¹⁰.

5 CONCLUSÃO: O NOVO CAPITAL, DIREITO COMERCIAL E A PERMANENTE EXCEÇÃO

A exceção no campo do direito comercial parece ser perene. Não são raras as hipóteses de não aplicação da legislação ordinária a determinados grupos empresariais. Um grande exemplo desse espaço de exceção materializa-se na não incidência do Imposto de Produção Industrial (IPI) a determinadas fatias ou ramos do mercado. A redução e a isenção do aludido tributo às montadoras de veículos converteram-se em praxe, baseadas em um falacioso argumento de crise.

Dessa forma, muitas das legislações acabam por estarem pautadas em fundamentos políticos e econômicos, possibilitando uma ampla proteção aos, hoje, principais campos de atuação do direito comercial, quais sejam o mercado financeiro e capital especulativo. As medidas de salvaguarda de instituições financeiras visualizadas, recentemente, no cenário internacional, são também uma expressão do espaço da excepcionalidade. Novamente, a

10 Nesse contexto, Antonio Giménez Merino chama a atenção para a ausência de legitimação presente no discurso da crise: “Tanto as decisões que estão na origem da crise – principalmente a desregulação do setor financeiro – quanto sua gestão neoliberal comprovam o esgotamento final do modelo democrático-representativo de legitimação política, pelo menos na Europa. As poliarquias que ditam a pol+itica europeia carecem de legitimação democrática, mas têm em suas mãos todos os instrumentos (econômicos, políticos e culturais) para impor sua vontade às populações” (GIMÉNEZ MERINO, 2012, p. 56).

crise é a denominada situação anormal e a finalidade da exceção reside em uma superação do atual cenário econômico. Tudo isso se concretiza por existir uma falsa concepção de que os bancos devem ser protegidos, por serem instituições perenes e necessárias.

Constata-se, assim, que o soberano delineado por Carl Schmitt é hoje o grande capital privado. Poderes particulares é que decidem afinal pelas quebras ou não dos setores financeiros. É o mesmo capital privado, por meio de suas articulações com o setor público, que decide pela existência ou não da exceção. O soberano não é uma única pessoa, mas uma coletividade preocupada apenas com os seus próprios interesses.

Corroborava com esse cenário os discursos legitimadores da manutenção da aludida exceção financeira e empresarial. Como assinalado por Guy Debord, vivemos em uma sociedade do espetáculo. O autor acrescenta que “considerado em sua totalidade, o espetáculo é ao mesmo tempo o resultado e o projeto do modo de produção existente. Não é um suplemento do mundo real, uma decoração do que lhe é acrescentada. É o âmago do irrealismo da sociedade real” (DEBORD, 1997, p. 23). Desse modo, inseridos nesse espetáculo passamos a acreditar que as medidas de exceção se justificam e somos incitados a consumir cada vez mais, alimentando o próprio espetáculo.

Assim, os mecanismos de exceção para a proteção do atual setor financeiro e empresarial tornam-se regras. São permanentes as hipóteses de não aplicação de medidas e a criação de uma normatividade própria em benefício da mesma classe que se apropriou dos mecanismos excepcionais fornecidos pelas corporações de ofício. Faz-se imperiosa, portanto, a identificação dos atuais remédios, postos sob o argumento de crise, como inadequados mecanismos que procuram salvaguardar os atuais soberanos, beneficiados pela configuração dos espaços de exceção.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEM, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1971.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**. Org. Sandro Schipani, Padova: CEDAM, 1988.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito commercial brasileiro**. Vol. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FORGIONI, Paula A.. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALGANO, Francesco. **História do direito comercial**. Trad. João Espírito Santo. Lisboa: Editores, 1990.

GIMÉNEZ MERINO, Antonio. A crise européia: excepcionalidade econômica, gestão autoritária e emergência de formas ativas de resistência civil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, nº 747, janeiro, 1998.

GÓMEZ RAMOS, António. La inmediatez de la crisis y la experiencia del tiempo. **Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad**. Org. Luciana Cadahia e Gonzalo Velasco. Madrid: Katz, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **NOMOΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΣ? apocalipse, exceção, violência**. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, jul./dez. 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. I. Rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teología política**: cuatro ensayos sobre la soberanía. Trad. Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía, 2005.

VIVANTE, Cesare. **Per un codice unico delle obbligazioni**. Prolusione al Corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna. 1988.

Recebido em 17/07/2014.

Aprovado em 09/09/2014.

