

COORDENADORES:

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

*Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.
Doutor e Livre-Docente pela USP. Ex-Diretor da Faculdade de Direito da USP. Membro do
Conselho Universitário da USP e Presidente da Comissão de Legislação e Recursos (CLR). Advogado.*

HELENO TAVEIRA TÔRRES

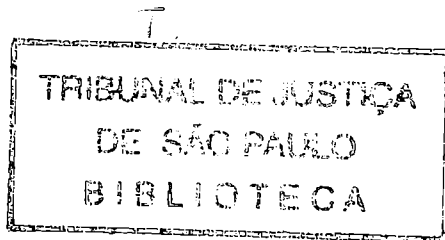
*Professor de Direito Tributário do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da
Universidade de São Paulo. Advogado.*

PAOLO CARBONE

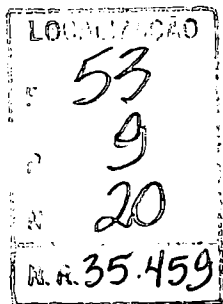
Professore Ordinario della Università degli Studi di Sassari – Italia

PRINCÍPIOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E OUTROS TEMAS

HOMENAGEM A TULLIO ASCARELLI



Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2008
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br



EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br

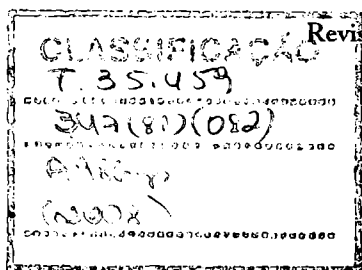
www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Lucas de S. C. Vieira

Revisão gramatical: Mônica A. Guedes

Capa: Miro Issamu Sawada



JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.) – Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas – Homenagem a Tullio Ascarelli – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ISBN 85-7674-339-6

1. Direito Privado. 2. Princípios do Novo Código Civil. I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Princípios do Novo Código Civil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).



A DISCIPLINA DAS SOCIEDADES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

RACHEL SZTAJN

*Professora Associada de Direito Comercial da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo – USP.*

*Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1971),
especialização em Administração de Empresas pelo Fundação
Getúlio Vargas – SP (1975) e Doutorado em Direito pela
Universidade de São Paulo (1982).*

Presidente da Comissão de Graduação da Faculdade de Direito da USP.

SUMÁRIO: Introdução. – 1. Delimitação do estudo – 2. Custos de transação – 3. A atividade econômica à luz dos princípios constitucionais: a empresa – 4. Incompletude do contrato de sociedade e as normas do Código Civil – 5. Sociedade simples – 6. Sociedades empresárias: a limitada – Conclusões.

INTRODUÇÃO

A unificação do direito obrigacional decorrente da aprovação do Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, por muitos aplaudida por modernizar o sistema de direito privado, não é infensa a críticas. Em relação à matéria societária, a estridência das manifestações, antes até da entrada em vigor da lei, a apresentação de inúmeras propostas e/ou sugestões, denotam grande desconforto dos operadores do direito nesse campo.

Parte das reclamações pode ser atribuída a temor frente ao desconhecido, ao novo, que o Código Civil introduz; parte do inconformismo pode ser imputado às mudanças, em alguns casos radicais, decorrentes da redistribuição de direitos. Aplausos podem ser atribuídos à equivocada visão de a unificação do direito das obrigações ser tomada como fim do Direito Comercial, sepultado como ramo especial do direito privado. Porém, no que se refere ao direito societário, supunha-se que reformas eram desnecessárias a seu aperfeiçoamento, uma vez que a organização e as relações internas entre sócios eram matérias consolidadas tanto na prática quanto na lei. Pensando nos motivos de repulsa às novas normas societárias, o primeiro é compreensível e mesmo razoável: o desconhecido atemoriza. O segundo é inaceitável porque a experiência mostra que, no sistema italiano, a unificação do direito privado não foi suficiente para derrubar nem a especialidade nem os princípios norteadores do Direito Comercial, que continua a conviver lado a lado com o direito comum. O que se deu, ao contrário do desaparecimento do Direito Comercial, foi a denominada comercialização do direito privado, tanto que, ao comentar a proposta de unificação do direito obrigacional, em meados dos anos 60 do século passado, Sylvio Marcondes afirmava que, inobstante serem dois os códigos de direito privado, na prática, a unificação do direito das obrigações já existia e que a unificação formal não levaria à unificação material dos dois ramos do direito privado.

Ora, se não é a distribuição formal da matéria em um ou dois códigos o motivo dos protestos e da insistência na revisão de vários artigos do Código, particularmente em face das regras societárias, talvez o motivo resida nas surpresas, a maioria delas indesejada por parcelas expressivas dos agentes econômicos, promovidas pelo Código Civil. Esse o motivo da maior parte das reclamações que partem tanto dos operadores do direito, comercialistas em especial, quanto da comunidade, e que se concentram nas alterações de um dos tipos de sociedade, o mais presente no tráfico negocial, a limitada. Com-

parando a disposição da matéria no Código Civil com a antiga disciplina do Código Comercial, fica desde logo patente que o legislador adota outro estilo.

O Código Civil se afasta, em matéria societária, da disposição existente no Código Comercial, dividida em três grandes blocos: o primeiro e o terceiro dispunham a respeito das normas gerais de constituição, reconhecimento de sociedades e dissolução e liquidação respectivamente, enquanto que o bloco central continha as regras disciplinadoras dos tipos, descritivas dos elementos identificadores de cada um. Agora, a matéria está separada segundo a sociedade seja personificada, ou não, simples ou empresária.

Partindo do art. 981, em que está descrito o negócio jurídico sociedade, seguido de algumas regras, passa-se às sociedades não personificadas – sociedade em comum e conta de participação – vêm em seguida as personificadas – a primeira das quais é a sociedade simples, não empresária, depois estão as sociedades empresárias – as em nome coletivo, as comanditas simples e as limitadas.

As normas especiais de regência tipológica estão predispostas para cada uma das estruturas, mas as regras gerais, a base da disciplina societária, está contida na disciplina mais detalhada e completa da sociedade simples (tipo de organização) e à qual, na falta de disposição específica dos demais tipos, por regra de reenvio, incidem supletivamente. Segue-se às sociedades empresárias outra sociedade simples, a cooperativa, cuja disciplina está, substancialmente, predisposta na Lei n. 5.764/1971, lei especial e à qual a disciplina do Código remete expressamente.

Normas relativas à reorganização estrutural, e relativas à sociedade dependente de autorização, presentes na legislação do anonimato são repetidas no Livro II do Código Civil. Inova-se em face do estabelecimento (comercial), que agora tem regras de direito positivo; paralelamente à legislação especial de Registros Públicos e Registros Mercantis, o Código traz normas que dão ao Registro Público de Empresas Mercantis, competência que lhe era estranha: verificar o cumprimento dos prazos de publicação do convite (convocação) de assembléias gerais, assim como, ao Registro de Empresas e ao Registro Público de Pessoas Jurídicas, a de analisar o conteúdo dos documentos que lhes sejam submetidos.

De pouco interesse as regras relativas a prepostos, entre os quais gerentes, termo que não se confunde com o administrador da sociedade. Na Seção III, o Código envereda em área de atuação de profissional contador, imprecisamente designados contabilistas e outros auxiliares, e mais grave, no Capítulo IV, há regras sobre escrituração contábil que, segundo contadores, constitui retrocesso

de mais de cinquenta anos nas práticas, a ponto de requerer urgente e profunda revisão para que a disciplina seja compatibilizada com práticas mundiais.

Antes de analisar as reformas, o que será feito pontualmente, é preciso lembrar que, como explica Miguel Reale¹, o Código Civil de 2002 foi concebido à luz do princípio da socialidade – privilegiando valores coletivos sobre os individuais –; que o princípio da eticidade – que visa a dar maior peso à equidade, à boa-fé, à justa causa e outros valores éticos, e o da operabilidade – que visa a dar concretude à previsão normativa, deixando em segundo plano o elemento teórico-formal, segundo o qual as normas são abertas para que possam ser, no conteúdo, alteradas pelas mudanças sociais², podem constituir os elementos geradores de um certo descompasso entre a disciplina positivada e as práticas socialmente consolidadas.

Possivelmente, por conta do princípio da operabilidade é que se tenha optado por, com frequência, remeter à apreciação do Judiciário eventuais pontos de atrito nas relações internas entre sócios. Essa escolha potencializa a litigiosidade, afeta a estabilidade da organização societária, é fonte de externalidades que podem favorecer o *moral hazard*. Está, pois, em direção contrária, oposta à tendência atual em que se percebe a busca de mecanismos de renegociação, de compromissos em que conflitos intersubjetivos sejam equacionados mediante entendimentos extra-judiciais.

Explicação de Coase em *The Problem of Social Cost*, publicado em 1961, no *Journal of Law and Economics*, evidencia que, inexistindo custos de transação, qualquer que seja a distribuição de direitos inicial, as pessoas negociarão para que cada uma obtenha o que deseje ao preço que esteja disposta a suportar; contudo, quando se reconhece a existência de custos de transação, surgem organizações visando a reduzi-los. Assim, quando se alteram normas jurídicas, é preciso que não se criem custos de transação porque isso piora a alocação de direitos existente.

Dessa forma, respeitando os princípios informadores do Código Civil, não se entende, explica ou justifica a criação de custos de transação na organização de sociedades se alterarem de maneira indesejada instituições sociais, normas não positivadas mas aceitas pelas comunidades, incentivadoras ou inibidoras de compor-

1 REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. 2. ed., reformulada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

2 Esse princípio é denominado por Reale de **estrutura hermenêutica**. Além desses, diz ainda Reale, há o princípio da concretude ou concreitude, segundo o qual o legislador deve legislar para o indivíduo situado.

tamentos individuais. Nota-se importante descompasso entre as disposições do Código Civil e instituições sociais porque muitas das mudanças decorrentes de transformações sócio-político-econômicas entre o período em que o Código foi concebido e a realidade atual, não foram aqui refletidas e isso é que pode explicar o inconformismo de muitos, as propostas de revisão de artigos do Código Civil em que o Direito de Empresa se destaca pela profusão de sugestões.

O descompasso entre o que os agentes econômicos consideram desejável e o que o legislador previu, pode explicar o motivo pelo qual, decorrido o prazo de adaptação dos instrumentos contratuais de sociedades existentes (art. 2.031), poucas tenham atendido à exigência, impondo-se, como foi feito, a prorrogação do prazo por mais um ano, janeiro de 2005.

Não apenas na distribuição de direitos entre sócios mas em outra prática social o Código Civil se contrapõe ao que as pessoas desejam: problema bastante mais sério do que a extensão de prazo de adaptação dos instrumentos de contrato mas a ele relacionado, é a proibição de sociedades entre casais, marido e mulher, quando o regime de bens do casamento for o da comunhão universal ou o da separação obrigatória (art. 977).

Abriu-se outra exceção à incidência da disciplina legal porque as sociedades existentes não precisam ser reformuladas, podem persistir com a estrutura anterior. Um dos argumentos é que as sociedades entre marido e mulher existentes, por serem ato jurídico perfeito, não poderiam ser submetidas à nova lei que seria, em face delas, ineficaz. A alegação faz tábula rasa do fato de que contratos de sociedade são de execução continuada e, nesses casos, a nova lei incide a partir de sua vigência. Posto o problema era preciso encontrar solução aceitável e não traumática.

As alternativas de que se cogita seriam: a) a dissolução e liquidação de sociedades existentes ou b) a substituição coativa de um dos cônjuges por terceiro. Medida de força do Estado sobre particulares que não se coaduna com o espírito mais liberal da sociedade brasileira. Derradeira e, igualmente má opção, seria, restaria, na forma do art. 1.639, parágrafo 2º. do Código, alterar o regime de bens do casamento, o que requer autorização judicial. Deveria o Juiz permitir, para o fim de manter a sociedade, a mudança do regime de bens do casamento ou estar-se-ia diante de pedido para fraudar a lei? Qualquer das possibilidades tem custos de transação que se espraiam sobre a coletividade.

De forma pragmática optou-se por solução de compromisso, a alternativa de menor gravidade foi ignorar a incidência da norma que veda sociedades entre marido e mulher em relação a sociedades existentes, proibidas novas. Esquece-se a isonomia mas não se impõe aos casais desfazerem sociedades entre si contratadas. Para manter as sociedades existentes os órgãos registrais receberão e registrarão todas as futuras alterações contratuais, mantendo-se o mesmo quadro de sócios, descumprindo a lei. Citando Pitigrilli quando explicou que é preciso mudar para que tudo permaneça como antes, o jeitinho brasileiro de resolver problemas entrou em cena.

O atraso na adaptação dos contratos de sociedades existentes além do problema das celebradas entre cônjuges, levou alguns a afirmarem que isso implicaria que seriam enquadradas como sociedades irregulares, perdendo a personalidade jurídica adquirida anteriormente. A ameaça não surtiu efeito, o risco não parece sério e mais do que isso, a aplicação da penalidade se afigura demasiado improvável, não é crível. Ameaças despidas de credibilidade deixam de ser tomadas com seriedade.

As exceções – sociedades entre marido e mulher e dilação do prazo – representam fonte de insegurança em face da aplicação da nova lei com o que se poderá estimular o descumprimento de outras regras. Gerou-se expectativa de mudanças, de novas concessões ou exceções pelo que se estimula o imobilismo; essa é uma externalidade decorrente de compromissos assumidos em face das inovações da lei. Como o *homo oeconomicus* é egoísta, maximizador de utilidades, sendo o centro sobre o qual se assentou a matéria do Livro II do Código Civil, Do Direito de Empresa, ao descrever a possibilidade de ser punido se descumprir a lei que não lhe é favorável, estará desencorajado de cumprir as regras.

A omissão é forma de questionar a eficiência e adequação do regramento às necessidades operacionais; a falta de aderência das normas jurídicas às instituições sociais, aos costumes e práticas mercantis leva a rejeitá-las, o que explica o fato de serem as disposições do Livro II do Código Civil alvo do maior número de propostas de revisão, e, no que concerne às sociedades, em particular à nova limitada, que foi bastante alterada em relação ao revogado Decreto n. 3.708/1919.

Sociedades são negócios de cooperação entre pessoas que têm objetivos comuns embora possam ter interesses diferentes, até divergentes. Para facilitar a cooperação, ao longo do tempo foram desenvolvidas estruturas que trataram de distribuir direitos, deveres, obrigações e ônus, que, ao facilitarem as rela-

ções entre sócios, foram consolidadas. Entretanto, o legislador de 2002, nem sempre manteve os esquemas tradicionais. Em várias oportunidades reformulou a distribuição de direitos entre sócios o que permite supor estar aí a raiz do sentimento de desconforto que retarda a adesão às novas disposições legais de maneira formal, ou, ao revés, pode ser que, ignorando as mudanças, não se veja razão para alterar contratos que foram celebrados anteriormente.

Seja por falta de percepção do alcance das mudanças na distribuição de direitos, deveres e obrigações, seja pelo fato de tais mudanças serem pouco representativas das instituições sociais, de alterarem práticas, usos e costumes consagrados e consolidados, algum problema há que leva as pessoas a repudiá-las ou supor poder ignorá-las impunemente. Alguns, talvez, não tenham percebido a realidade das mudanças pelo que entendem desnecessário ou inútil alterar os contratos (recontratar o que se tudo está conforme a lei?); outros, percebendo o impacto das mudanças e conhecendo (até participando) as propostas de revisão das normas, se indagarão sobre a conveniência de reestruturar relações de poder nas sociedades se há a possibilidade de que seja restaurado o esquema anterior. Sabe-se que normas que transferem direitos de uns para outros sócios desagradam os que perdem e, observá-las voluntariamente vai contra a índole do homem econômico uma vez que reduz a utilidade de que até então gozava.

Observações iniciais apresentadas, embora o tema sociedades no Código Civil permita largos debates, pretende-se aprofundar apenas alguns tópicos da matéria, particularmente aqueles em que houve redistribuição de direitos na comparação com a situação antecedente. Alerta-se o leitor de que a avaliação das mudanças será feita da óptica de *law and economics*, com ênfase em questões como custos de transação, externalidades e oportunismo, o que implica verificar a eficiência das normas. A escolha metodológica tem como premissa o fato de, ao apreciar as relações de conteúdo patrimonial, econômico, associar as duas perspectivas, a jurídica e a econômica, permitindo compreender comportamentos e determinar por que foram, ou não, incentivados em uma ou outra direção do que restringir as observações a uma só das áreas do conhecimento. Ambas são ciência social aplicada.

Inegável o caráter econômico do negócio sociedade, e o método de *law and economics*, aceitando considerações de economistas, para quem normas jurídicas, o sistema de Direito, que consideram um bem público, uma instituição social que contém mecanismos fundamentais para incentivar compor-

tamentos, serve ao escopo do presente. Possível ver na origem do direito comercial, corpo de normas especiais, distinto do direito comum, aplicável a um grupo ou corpo social, os exercentes de atividade econômica organizada, o estreito elo de ligação entre economia e direito.

1. DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

A organização de interesses econômicos está na base sobre a qual se assenta a formulação da disciplina jurídica das sociedades e explica a distinção destas das associações³. Existe definida e estreita relação entre sociedade, fim econômico e participação em mercados, assim como é evidente a relação entre empresas e mercados. Ao separar sociedades de associações o legislador teria, subjacente, essa visão de que associações não participam de mercados “econômicos”, atuam em outros mercados. Comum às duas formas de organização é a perseguição de escopo comum entre os membros. Nas sociedades visa-se a resultados econômicos para posterior partilha entre os membros, portanto visa-se obter lucros; nas associações o resultado a ser “partilhado” terá outra natureza, nada obstante possam ser atribuídos aos membros benefícios de conteúdo patrimonial.

A separação entre as duas organizações feita pelo legislador brasileiro, porém, não explica qual seja o negócio jurídico sobre o qual se fundam as associações. Sylvio Marcondes se referia a ato de união, enquanto que, para Gino Gorla⁴ associações são negócio plurilateral de comunhão de escopo. Assim, a distinção básica entre sociedades e associações decorre de aquelas exercerem atividade econômica, entendida como perseguição de lucros, e estas atividades de outra natureza em que o lucro não é o móvel para sua organização e em que os benefícios da colaboração são, em regra, destinados a terceiros estranhos ao corpo ou quadro social. Claro que clubes esportivos e outras associações em que se impõem restrições ao gozo dos benefícios apenas pelos membros estão mais próximos da noção de cooperativas do que de puras instituições beneméritas. Vale dizer que, tal como se reconheceu que cooperativas são sociedades, embora lhes falte a perseguição e partilha dos lucros, e, considerando haver associações cujos

3 Sylvio Marcondes via as associações como produtos de atos de união, que poderia ser entendida como ato coletivo, o que engendraria ver nas associações uma instituição adotando-se a doutrina de Francesco Messineo que entendia que o ato constitutivo de sociedades não teria natureza contratual.

4 GORLA, Gino. *Contratto a Favore di Terzi e Nudo Patto*. In *Studi in Memoria di Lorenzo Mossa* - volume secondo - Cedam - 1961, p. 444 e ss.

benefícios ou vantagens criados são restritos aos membros, o ganho ou compensação entre o que se paga a título de manutenção ou contribuição e o que se usufrui, daria conotação econômica a essas associações, da mesma forma que se as reconhece em face das cooperativas.

Adotando doutrina de Sylvio Marcondes⁵, pode-se afirmar que o conceito de sociedade se afirma nos elementos objetivos – a contribuição dos sócios e a partilha dos resultados – auferidos no exercício de atividade econômica e por isso este negócio jurídico mereceu destaque no Código Civil, tendo disciplina separada daquela dos demais contratos ali tratados.

Sociedade é negócio jurídico de conteúdo econômico; as motivações das pessoas para se associarem são de natureza econômica, o incentivo é econômico, logo a roupagem jurídica do negócio deve reconhecer o fundamento econômico que move as pessoas. Isto está presente nas sociedades de formação mais antiga em que há regras cuja finalidade era inibir comportamentos oportunistas ou predatórios que afetassem a credibilidade dos membros da corporação. Por isso vital que as normas estimulem a confiança, a credibilidade dos agentes para facilitar o tráfico.

O reconhecimento da importância da atividade econômica na criação de riqueza, no aumento do bem-estar geral, e o fato de que nem sempre as pessoas dispõem de recursos suficientes para, individualmente e com sucesso participar de mercados, é causa natural do desenvolvimento de estruturas empresariais coletivas.

Resta o problema da unificação formal do direito societário, ou de parte dele, uma vez que, ao fazer a classificação das sociedades em empresárias e simples, o legislador abre flancos para que se aplique, àquelas, os princípios e normas especiais informadores dos negócios comerciais. Assim é que, nesses casos, a socialidade deverá ser mitigada, enquanto se abre mais espaço para o exercício da autonomia privada e se admite a atipicidade negocial de forma mais ampla.

O pouco formalismo do direito comercial, importante para agilizar as operações, não significa ausência de normas, nas mais das vezes costumeiras que, entretanto, não eram domiciliadas, termo aqui empregado no sentido de particularizadas e diferentes em cada localidade. A uniformidade, ou melhor, universalidade, das normas especiais, é uma das caracte-

rísticas básicas do direito comercial e, embora parte da matéria esteja disposta no Livro II, o resultado da sua incorporação ao direito comum veio acompanhado de maior rigidez.

Maior rigidez ou maior formalismo, que deveriam reduzir custos de transação, nem sempre estão claros nas disposições a respeito de sociedades no Código Civil. Nem sempre o legislador é bem sucedido quando inova para equilibrar relações intersubjetivas, eliminar ou reduzir assimetrias. Por vezes lhe escapa o fato de, por conta de redação menos precisa ou demasiadamente geral, deixar livres alguns espaço que permitam a alguém mais atento, inverter o sentido do desequilíbrio e, ao invés de equilibrar a relação como se pretendia, desequilibrá-la no outro sentido. Algumas críticas ao sistema jurídico provêm desse fato. Afirmações como as de que é bom ser devedor e mau ser credor no país, são emblemáticas de tais distorções.

Em relação à disciplina das sociedades, pode-se ter incorrido nesse desvio. Parte do problema tem que ver com a introdução de novo tipo no conjunto das sociedades tipificadas existentes até a reforma da lei, parte porque houve redistribuição de direitos, nem sempre aderente às necessidades sociais, parte porque a retipificação da limitada, ao aproximá-la da anônima, deixou de acolher importantes transformações do direito das sociedades nos ordenamentos continentais europeus.

E, como sociedades devem ser compreendidas e analisadas como negócios de cooperação, não se vê razão para facilitar comportamentos oportunistas, contrariando o espírito que preside sua organização. Imprudente, também, ao reformar a lei, deixar de lado experiência e prática socialmente aceitas o que gera custo de aprendizagem das pessoas ao novo conjunto de regras, custo esse que pode ser elevado ou pior, o novo pode quebrar a unidade sistemática conhecida gerando mais dificuldades. Uma vez que reformas da lei são fonte de custos, sobretudo quando incidem, para alterar uma dada distribuição de direitos, todo cuidado é pouco ao inovar. Não estranha o desconforto que emana das últimas reformas; era previsível. Também não espantam as propostas de retorno ao estado anterior que, para muitos atendiam às necessidades do tráfico.

Seja porque o legislador não ouviu suficientemente os agentes econômicos, não conheceu nem divide temores e necessidades inerentes ao exercício de atividades em que o risco é inafastável, em que o comando deve ser unificado

mas responsável, seja por temor de captura⁶ que poderia resultar de propostas apresentadas pelo estrato social, de pessoas com interesses egoístas mas dotadas de poder econômico, que exercem pressão para obter vantagens, falta à disciplina das sociedades neste Código, atualidade ou atualização, *aggiornamento*, para que seja eficiente. Patente certo anacronismo legislativo, preferência por políticas fiscalizadoras quando não intervêntivas, restrição a sociedades atípicas, que pode comprometer o dinamismo das relações econômicas, pouco suporte para recepção de institutos derivados das relações e práticas estrangeiras provenientes de sistemas jurídicos da *common law*, usuais no tráfico negocial, o que cria custos de transação.

2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO⁷

A satisfação de necessidades quando se pretende produzir bens e serviços, ou desejos individuais, é largamente facilitada quando há mercados. Mas, ao contrário do que pode parecer, participar de mercados tem custos porque é preciso encontrar pessoa interessada em figurar como parceira (ou parte) na operação visada, e, portanto é preciso informar as pessoas a respeito do negócio pretendido, dos termos em que a operação poderá ser realizada, iniciar e concluir negociações, o que leva tempo e exige esforços, redigir o instrumento de contrato, acompanhar sua execução, e até mesmo, ir a juízo se ou quando não houver adimplemento ou ele for imperfeito.

6 Trata-se da discussão a respeito da captura do legislador por grupos de pressão em defesa de interesses paroquiais. Necessitando de votos para se reeleger, é fácil compreender que, necessitando dos votos de componentes desses grupos, o parlamentar venha a ser capturado.

7 Note-se que o termo *transação* não tem aqui o mesmo significado do negócio jurídico *transação*, contrato para terminar ou prevenir litígios fazendo-se mútuas concessões. A palavra, para os economistas, significa operação econômica; por custo de transação entendem-se custos totais incorridos para a realização de um negócio; custos de transação são aqueles incorridos e que oneram a operação econômica, mesmo que não representados por dispêndios financeiros. Aparecem no conjunto de medidas adotadas, necessárias ou acautelatórias, em cada decisão tomada para realizar uma transação. Daí serem computados o esforço despendido na procura de bens e/ou serviços em mercados, os decorrentes de análise comparativa de preço e qualidade, da segurança e certeza no cumprimento das obrigações, isto é, do adimplemento certo, seguro e a tempo. A estes se acrescem os custos da negociação de garantias que venham a ser requeridas para se precaver de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, a redação de documentos que reflitam as tratativas, desenhem os direitos, deveres e obrigações das partes; cuidados e tempo despendido ao longo do procedimento até a decisão de consumir o negócio, avançando até o cumprimento das obrigações pelas partes. Na hipótese de haver inadimplemento, total ou parcial, os esforços necessários para a satisfação do interesse devem ser computados e, nesse caso, eventual incerteza quanto ao resultado de decisão judicial, são incluídos entre os custos de transação. Não se pode, pois, ignorar sua importância na formulação e tomada de decisões empresariais.

Para o economista, esse conjunto de providências, ou outras similares que, nem sempre, resultam em desembolsos, são dispêndios, necessários e incorridos na pactação de negócios. São, por isso, denominados custos de transação.

A importância dos custos de transação para quem exerça, profissionalmente, atividade econômica em mercados, que pretenda mantê-la em patamares estáveis e constantes, é inegável. Por isso é que, explica Ronald H. Coase, são organizadas as empresas: para eliminar ou reduzir custos de transação incorridos em operações pontuais e reiteradas em mercados. A noção econômica de empresa é, para o economista, um feixe de contratos destinado a organizar a produção e a circulação de bens e serviços em mercados⁸.

Quando os custos de operar em mercados forem inferiores aos incorridos na organização da atividade empresarial, faltam incentivos para empreender a tarefa de organizar a empresa, assumir seus riscos, explicando-se, dessa forma, a criação de empresas, ou não. Fica clara, diante da explicação, a razão pela qual, ainda quando haja mercados operando de forma regular e eficiente, empresas sejam organizadas.

Além de custos de transação explica-se a organização de empresas a formulação de políticas públicas, tributação, mão-de-obra especializada nem sempre disponível em mercados, enfim, são muitas as razões para a organização de empresas. Porém, sem uma eficiente coordenação entre empresas e mercados o sistema econômico perde eficiência na produção e circulação de bens e serviços o que reduz o bem-estar geral.

Em resumo, os custos da organização administrativa de uma empresa têm de ser menores do que o custo de realizar operações (transacionar) no mercado para que se afirme que os custos de transação foram, realmente, reduzidos.

Contudo, explica Coase, as empresas não são a única resposta para custos de transação. Outra possibilidade de reduzir custos de transação emana do Direito, das normas positivadas, em que os direitos são determinados e atribuídos às pessoas pelo Estado. Porém, alerta, quando o governo define quais operações estão facultadas aos particulares, pode criar ou reduzir custos de transação⁹.

8 COASE, Ronald H. *The Firm, The Market and The Law* – The University of Chicago Press – Chicago and London – 1988 – p. 115 – *As I explained many years ago, the firm represents such an alternative to organizing production through market transactions. ... the bargain ... is substituted by an administrative decision.*

9 COASE, ob. cit., p. 117.

Coase vê o poder normativo do Estado, na verdade do sistema de normas positivadas, à semelhança da organização de uma superempresa, de natureza especial porque detém poder para influir nas decisões dos particulares sobre a destinação dos fatores da produção. Afirmar que esse poder também tem custos que, quando incluídos todos os resultantes das conseqüências ou efeitos das normas, podem ser muito elevados.

Refere-se ao fato de que, nem sempre, as decisões do governo são as mais eficientes. Ineficiências impostas por normas jurídicas, diz ele, provocam, como efeito direto, custos de transação que se espalham pela sociedade. Assim, apenas quando não se encontram mecanismos que estimulem os particulares a negociarem e, entre si fazerem a distribuição de riscos e direitos, quando custos de transação sejam muito elevados, é que o governo deve intervir.

As intervenções governamentais devem, demais disso, levar em conta as normas informais, normas sociais ou práticas sociais. Normas positivadas, que alguns dizem normas formais, dissociadas das instituições sociais, estas informais, são mais dificilmente aceitas nas práticas sociais. Esse fenômeno pode explicar, quanto às sociedades, forma de organização da empresa, a pouca adesão aos novos padrões legais. Se o suporte fático-social, necessidades e fundamentos econômicos, não estiverem refletidos na formulação normativa, reduz-se a eficiência das operações negociais. Empresas, feixes de contratos, são criadas para reduzir custos de transação existentes nas operações em mercado, portanto custos externos. Sociedades, forma de organização da empresa, precisam de disciplina positivada que, igualmente, sirva para reduzir custos de transação, estes, agora, os internos. Portanto é preciso encontrar mecanismos que ataquem os problemas que tenham origem nas relações, aquelas dos sócios entre si e destes com os administradores, a fim de reduzi-las ou eliminá-las. Se, na prática, não há demanda por mudanças, qualquer alteração introduzida em relação à situação existente pode ser fonte de custos de transação.

Analisando a intervenção do legislador na redistribuição de direitos em *The Problem of Social Cost*¹⁰, o economista Ronald Coase se mostrava preocupado com a criação de custos sociais. Analisando disputas em que a violação de direitos e a responsabilidade civil emergente, demandavam respostas, explica que o legislador pode ser tentado a, na busca de soluções,

formular normas que, de sua parte facilitem ou estimulem demandas, o que afeta o bem-estar geral e cria custos sociais.

Não se percebe, na grande maioria das propostas de reforma de leis, uma tal preocupação dos legisladores que, raramente, atentam para o fato de que mudanças nas leis geram custos, individuais ou sociais. Na ânsia de legislar e disciplinar cada situação do mundo real, esquece-se de que plethora de leis pode ser fonte de contradições, inconsistências, tornando o sistema caótico, outra fonte de custos de transação porque, no processo de aplicação e interpretação das normas, a demora da uniformização torna menos previsíveis, portanto menos seguras, as negociações.

A aderência das normas costumeiras às instituições sociais é importante porque torna sua aceitação mais fácil, uma vez que minimiza os custos de transação relacionados ao aprendizado, à adaptação. É que externalidades ou oportunistas, que aparecem em práticas ou comportamentos de pessoas racionais visando a obter vantagens ou benefícios, são conhecidos e sua supressão reduz custos de transação que é o que desejam as normas, costumeiras ou positivadas, na atribuição de direitos.

Outro foi o espírito que presidiu a formulação de regras societárias do Código Civil. Haverá, por isso, depois das mudanças normativas em relação a sociedades, ganhadores e perdedores? Qual a probabilidade de se estar de frente a uma distribuição de direitos eficiente? É o que se tentará responder.

3. A ATIVIDADE ECONÔMICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A EMPRESA

Livre iniciativa é a faculdade de entrar, permanecer ou sair do mercado, seja no campo da oferta de bens e serviços, seja no da demanda e/ou consumo. A livre iniciativa no desenvolvimento da economia pareceu ao constituinte tão importante que no texto da Carta de 1988 foi expressamente considerada fundamento da Ordem Econômica. É o que se lê no art. 170 da Constituição da República de 1988¹¹. A liberdade de iniciati-

11 Art. 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência. V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

va no campo econômico vem associada à valorização do trabalho humano e à justiça social enovelando diferentes valores que precisam de uma tutela conjunta no que diz respeito à atividade negocial.

A relevância que o constituinte atribuiu à livre iniciativa aparece não apenas na redação do *caput* do art. 170, como é retomada no seu parágrafo único. Neste se reforça a liberdade de iniciativa com a declaração de que, salvo casos previstos em lei, será desnecessária a autorização de órgãos públicos para o exercício de atividades econômicas.

Do art. 170 e seus incisos podem-se extrair algumas conclusões das quais a mais importante para o presente estudo é a de que estão reconhecidas, implicitamente, regras em que o mercado tem papel de destaque. O temperamento de uma economia de mercado pela valorização do trabalho humano, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente, denota que se o regime é capitalista a utilidade social que pode proporcionar está presente e compõe os fundamentos da organização econômica da sociedade; a intervenção do Estado é residual, portanto se reconhece maior espaço para atuação, nesse domínio, dos particulares.

A organização dos mercados depende de reconhecimento da propriedade privada que é garantida nos limites de sua função social e, balizando a liberdade de iniciativa no campo econômico, a livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente, são outros freios que inibem comportamentos egoístas dos agentes.

A concepção de livre iniciativa contém a liberdade de escolha de formas para agir em mercados, responsabilidade pelas condutas adotadas e pela licitude e regularidade dos meios empregados. Liberdade econômica tal como predisposta no texto constitucional afasta intervenções do Estado, seja no estabelecimento de programas, formas, e controles que fujam à normalidade¹².

Por iniciativa econômica entende-se tanto o exercício da atividade empresarial quanto outras formas de atividade baseadas em processos econômicos

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

12 BARCELLONA, Pietro. *Diritto Senza Società Dal Disincanto all'indifferenza*. Edizione Dedalo srl. Bari, 2003, em que diz que a cultura jurídica se move entre dois pólos contraditórios: a necessidade de apresentar o direito como pura técnica, e a de justificar, no plano de finalidades socialmente desejáveis, numa tensão entre forma e vida. p. 93.

como, por exemplo, as associações, e outras as organizações de caráter social, organizações não governamentais e o mais que se possa cogitar quando se tratar de reunião de pessoas em busca de um objetivo comum.

A conceituação das certas atividades como não empresariais, especificamente profissões liberais, volta à cena porque a organização de algumas atividades intelectuais, profissões de natureza científica, literária ou artística, ainda que contem com a colaboração de terceiros começam a ser vistas como empresárias, sujeitas a duplo registro, no registro de empresas e no profissional. O Código Civil, porém, ficou na visão anterior que impõe registro prévio ao empresário e dispensa desse registro o exercente das demais atividades econômicas.¹³ Em face da ressalva contida no final do parágrafo único ao art. 966 aumenta a incerteza e é fonte de custos de transação.

Melhor fora se a definição de empresário (art. 966) não incluísse a exclusão e a reinclusão feitas pelo parágrafo único. Tal como redigidos os dispositivos, *caput* e parágrafo, tem-se a noção de que empresário não é o eixo sobre o qual se assenta o Livro II do Código, o que é ilógico.

Poder-se-ia supor que a classificação se destina a dispor regras especiais que incidem sobre empresários e sociedades empresárias como, por exemplo, a obrigação de manterem escrituração contábil, direito à proteção ao nome empresarial, disciplinar a cessão do estabelecimento, direitos e responsabilidades que devem ser observados (arts. 1.142 a 1.195 do Código Civil), além do fato de que empresários comerciais estão sujeitos às regras concursais, normas que não se aplicam aos exercentes de atividades não classificadas empresárias.

Um dos argumentos para explicar a classificação de sociedades em empresárias e simples prende-se a fatores que se tiveram origem no comércio, a contabilidade, para resolver a necessidade de medir a variação patrimonial no tempo. Atualmente, segundo recente e abalizada doutrina italiana¹⁴, essa classificação nada mais é do que resquício de análise histórica e sociológica,

13 Aparentemente, a classificação das atividades econômicas contempla atividades empresariais (ou comerciais), não empresariais entre as quais se incluem as agrícolas (ou agropecuárias) e as artesanais. Jaeger e Denozza analisam várias alternativas e propõem, em relação a estas, as atividades e sociedades artesanais, se considere a existência de regime especial aplicável à área de atuação para que não se apliquem as normas incidentes aos empresários sujeitos a registro. (ob. cit., p. 49).

14 JAEGER, Pier Giusto; DENOZZA, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale* - I - Impresa e Società. 5. ed. Dott. A. Giuffrè Editore, 2000. p. 24.

mesmo porque, muitas atividades intelectuais, de que são exemplos advocacia, engenharia, medicina, sem perda da especificidade que as cerca, passaram a ser consideradas empresárias.

Jaeger e Denozza entendem que o fato de se enquadrar uma atividade como não empresária permite que se faça o controle de ingresso (uma espécie de reserva de mercado), que não existiria no caso das atividades empresariais. A explicação é aceitável embora não satisfatória ou suficiente.

A classificação dos que exercem atividades econômicas em e para mercados em empresários e não empresários gera duas tutelas diferenciadas. No que diz respeito aos empresários, a delimitação de um patrimônio separado ou especial aumenta a tutela de credores. O fato de o empresário poder, sem outorga conjugal, gravar ou alienar bens imóveis quando integrem “patrimônio da empresa”, não se estende aos demais agentes econômicos.

Reconhecer a existência de um patrimônio especial ou separado é relevante para aumentar a confiança de credores da atividade e disso ficam privados os não empresários. Se aprovada a reforma da legislação falimentar, aumentam os privilégios dos empresários porque a recuperação da empresa não se estenderá aos não empresários.

O argumento de que conviria deixar fora do campo empresarial certas atividades para que os exercentes não ficassem sujeitos às normas concursais, lógico quando não se pensava em concurso por conta de insolvência, a partir da aprovação da nova disciplina falimentar que enfatiza a recuperação, resulta em excluir, desse benefício, a continuidade do exercício da atividade em virtude da recuperação, ao invés de manter as empresas no mercado improporlhes-á, porque não empresários, a retirada compulsória. A perda de bem-estar derivada da saída compulsória de um agente do mercado, mesmo em mercados concorrenciais, pode implicar redução do estímulo para aperfeiçoar produtos e/ou serviços, ao menos na vizinhança desse profissional.

Por isso que a inclusão de atividades econômicas no campo do direito empresarial requer a ampliação do conceito de empresa no país. Melhor seria abandonar a sinonímia entre empresa e atividade comercial para receptionar aquela como gênero. Eventual exclusão que será, esta sim residual, ficaria condicionada a ser a atividade de natureza personalíssima, prestação infungível. Ainda assim, nesses casos poder-se-ia facultar ao exercente optar pela adoção do estatuto do empresário comercial, ou manter-

se a ele estranho. Às sociedades seriam aplicados os mesmos critérios levando em conta o objeto social ou a forma, quando se tratar de sociedade por ações, estas sempre comerciais, e empresárias simples as demais, com o que a aplicação das regras contempladas na reorganização empresarial incidiria sobre a maioria do universo societário.

Sociedades são uma das formas de organização da empresa, um feixe de contratos que, nesta hipótese, deve levar em conta as relações entre sócios, ou organização interna da empresa, e as externas que incluem credores voluntários e involuntários.

Porque resultado do exercício de poder negocial dos particulares, e uma espécie de contrato em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuições patrimoniais e/ou pessoais a fim de lograrem fins comuns e partilharem entre elas os resultados as sociedades são objeto de disciplina própria entre os demais contratos, de empresa, ou não, existentes no Código Civil. A manutenção da qualificação segundo a divisão clássica baseada no objeto está contemplada. A imposição de adoção de certas formas societárias pelas empresas, as sociedades comerciais, funda-se historicamente na criação de modelos predispostos pelos comerciantes para o exercício em comum ou conjunto de atividades, portanto no denominado “estatuto profissional” de que resulta a especialidade do direito comercial, que teve origem na compra e venda de mercadorias e nos mercados. Essa especialidade do direito comercial aparece na divisão das atividades previstas no Código Civil em que a especialidade da empresa comercial se destaca no quadro geral das atividades econômicas ainda que referida de forma residual. Daí o motivo para enfrentar questões impostas com a introdução do modelo sociedade simples que é a estrutura básica do sistema societário.

Tal como no direito italiano, no Código Civil Brasileiro a empresa constitui o elemento central, no que se refere à organização da atividade econômica¹⁵, a diferença é que, naquele sistema, a noção de empresa inclui atividades comerciais e não comerciais¹⁶, sendo poucas e cada vez mais raras as exclusões, porque, sendo criação da iniciativa econômica, diz Oppo,

15 Fez-se a distinção entre sociedades e associações no plano do direito positivo.

16 OPPO, Giorgio, Principi – G. Giapichelli – 2001 – in *Tratato di Diritto Commerciale organizzato* por Vincenzo Buonocore, pp. 46 e segs., retomando discussão anterior.

com meios pessoais e patrimoniais é uma *fattispecie* originária, não deriva da noção de empresário¹⁷ (art. 2.082 do *cc* e art. 966 do CCB).

A doutrina italiana vê na empresa uma *fattispecie* em que sobressai o comportamento ativo, atuante, econômico em relação ao fim (não é atividade de mero gozo), e ao método, reprodutivo, ainda quando não se vise lucro¹⁸. O autor explica que o método econômico denota a profissionalidade, a intenção de perdurar por certo lapso temporal, a estabilidade de uma organização idônea para suportar o exercício da atividade e, portanto, separável do seu criador.

Essas características existem em qualquer tipo ou forma de empresa, pública ou particular, individual ou coletiva, lucrativa ou não. Portanto, conclui Oppo, a empresa é um instituto de direito comum, de que a comercialidade é um dos aspectos, talvez o mais importante, mas não o único.

Essa visão, porém, não corresponde à concepção de empresa encontrada do Código Civil Brasileiro. Neste o fulcro da concepção é a comercialidade da atividade, o que permite a exclusão presente no parágrafo único ao art. 966, bem assim a facultatividade da aquisição da qualidade de empresário (e sociedade empresária) quando o sujeito exercer atividade agrícola que, em princípio, é não empresária.

Assim é que o estudo da empresa como realidade econômica, no direito brasileiro, no plano jurídico afasta-se de noção geral restringindo a aplicação das regras relativas à empresa àquelas atividades comerciais.

Vale dizer que empresa é comportamento atuante, para ficar com Oppo, cujas características econômicas são reconhecidas mas em que a produção de utilidades está contida no campo dos negócios comerciais.

À época em que Sylvio Marcondes elaborou a parte do anteprojeto do Código de Obrigações, posteriormente reproduzido no Projeto de Código Civil, dispendo sobre a atividade negocial, em verdade atividade econômica, a crença na doutrina de Asquini de que a empresa, fenômeno econômico, não poderia ser transposta de forma unitária para o direito, em que ficaria rebatida em qua-

17 OPPO, Giorgio. L'Impresa Come Fattispecie, *Rivista di Diritto Civile*, Cedam – Anno XXVII, 1982 – Parte Prima, p. 109 a 126, em que afirma que essa qualificação tolhe qualquer discussão sobre o valor da definição codicística, ocupando-se em precisar os dois elementos essenciais da empresa: atividade e organização. Adianta que a organização, ainda que estrutural e funcionalmente ligada à atividade, é objeto de normas seja no aspecto da organização patrimonial quanto no pessoal, podendo constituir ponto de referência de interesses públicos ou particulares. Empresa não é sujeito, objeto, direito ou poder, é estrutura socialmente qualificada de uma forma de propriedade (a capitalista) que exclui o produtor imediato do controle dos meios de produção.

18 OPPO, *Principi cit.*, p. 46.

tro perfis. Recentemente, porém, alguns doutrinadores passaram a questionar os perfis de Asquini acabando por voltar os olhos para a visão coaseana da empresa, um feixe de contratos organizado para reduzir custos de transação.

Embora a formulação italiana não restrinja a qualificação de empresário aos comerciantes, nunca pretendendo imputar a estes a exclusividade da organização da empresa, equacionou as tortuosas discussões quanto à definição do que seria comerciante (subjativistas) ou ato de comércio (objetivistas) mediante uma definição estipulativa de atividades que qualifica comerciais (art. 2.195 do *codice civile*). Forma inteligente de pôr fim a uma estéril (ou nefelibata) questão que é própria do pensador do direito que opta por categorias estanques de forma a que, na aplicação de normas e/ou princípios seja fácil saber em que medida podem, ou não, devem, ou não, ser aplicados a hipóteses que, empiricamente, parecem distintas. Trata-se de definir o universo sobre o qual incidirão princípios e normas especiais do universo empresarial.

A opção do legislador brasileiro, não se compreende bem por que, ao se afastar do modelo peninsular, acaba por transportar o debate sobre a natureza da empresa para a qualificação das atividades econômicas, com o que ao invés de manter a tradição do Regulamento n. 737/1850, que, no art. 19, estipulava que matérias seriam da competência dos Tribunais de Comércio.

Mesmo que o Regulamento fosse revogado pela unificação do direito processual, recorria-se ao referido artigo para qualificar atividades. De lamentar que o Código Civil deixasse escapar a oportunidade de inserir a empresa no direito positivo como gênero, forma de organização da atividade econômica, de que as comerciais seriam uma espécie, as agrícolas outra, e assim, conforme o tipo de profissão de que se cuidasse.

Conquanto possa parecer que se retorna ao modelo das corporações de ofício, indisputado que os conselhos profissionais que disciplinam e fiscalizam o exercício de certas atividades, são delas originários, filiados.

Empresário é a pessoa, natural ou jurídica que organiza a empresa que, entretanto, não se torna dele uma projeção. A empresa, uma vez organizada, desvincula-se do criador. Aceito o argumento, entende-se a exclusão de certas atividades que estão sempre umbilical, visceralmente, presas ao organizador. São as intelectuais porque nessas o que predomina é a criação única e personalíssima do organizador sem o qual a estabilidade e a continuidade do processo produtivo deixam de existir. Eliminar do campo da empresa esse tipo de pro-

fissão nada tem que ver com serem ou não comerciais, visarem lucro, ou não. O elemento pessoal e infungível que marca a organização é o discriminador.

Não se entende por que, no Brasil, o agricultor não é, por natureza, empresário nada obstante tenha a faculdade de optar por ser enquadrado nesse estatuto. Basta, para tanto, inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis. Insista-se, Registro Público de Empresas Mercantis e não Registro Público de Empresas. Visão anacrônica da atividade agrícola, suposta agricultura familiar, de subsistência, como era na metade dos anos 70 do século passado e que nada tem a ver com o processo de organização dessa atividade, mecanizada, e direcionada para mercados, interno e externo.

O ranço talvez se explique dada a estreita ligação da produção agrícola à propriedade imobiliária rural, típica do período em que a medida da riqueza era a propriedade imobiliária e que parece enquistado em alguns setores da sociedade. A industrialização do país iniciada no final dos anos 50, estimulada nos anos 60 e 70, que faz da circulação de bens o motor da criação de riqueza, que deixa em segundo plano a propriedade imobiliária, não recebeu, do legislador de 2002, a atenção merecida. Se o foco tivesse mudado para circulação de riqueza, a propriedade imobiliária, estática, só seria importante quando produtiva (o que, aliás, foi reconhecido na Constituição da República quando se refere à função social da propriedade privada) com o que, a atividade agropecuária estaria inserta no quadro geral da empresa (até mesmo comercial) desde o início da cadeia produtiva, quer dizer, a escolha entre plantar o quê ou criar/engordar que animais e para quê.

A profissionalidade, a organização estável, a produção para mercados, não justifica excluir essa atividade do campo da empresa apenas porque tem na propriedade imobiliária rural um dos fatores sobre os quais o feixe de contratos se organiza. Produtos agrícolas são frutos ou acessórios mas devem ser avaliados como do principal desprendidos ou podem ser autonomizados antes? Pensando em produção de laranja para venda à indústria de sucos, os frutos são vendidos ainda na árvore e quem decide o momento da retirada é o comprador que tem livre acesso à propriedade do vendedor. Mais ainda, o preço da fruta está atrelado ao preço do suco na Bolsa de Chicago!

Processo similar é o de venda de cana-de-açúcar para a produção de álcool ou sacarose. O contrato celebrado entre proprietário da área plantada e industriais dá a estes o direito de escolher o momento do corte, até mesmo por conta do teor de sacarose das plantas.

De toda forma é certo que, no direito italiano, no que concerne à empresa, a previsão do conjunto de normas e institutos, entre eles a disciplina dos vários tipos de sociedades que configuram modelos gerais é mais geral do que a deste Código Civil que vê a empresa como uma outra forma de pensar ou propor o direito comercial.

Sylvio Marcondes afirmara que o moderno conceito econômico de empresa considera um substrato econômico que é a organização dos fatores da produção, a atividade empreendedora que visa ao lucro e que suporta o risco correspondente¹⁹, o que é o escopo da empresa comercial.

A explicação para a vinculação entre a noção de empresário e comerciante pode estar na seguinte afirmação de Sylvio Marcondes: “Um conceito genérico e unitário de empresa, não só em termos econômicos, mas também jurídicos, é afirmado por aqueles que lhe atribuem o caráter de instituição. Mesmo sem penetrar nas incertezas reinantes na conceituação desta e ficando apenas no resultado de que se trata de algo oposto ao contrato, já por aí se vê quão pouco satisfatória é a solução, no quadro do direito vigente. Operando o empresário na base do direito de propriedade e da liberdade de contrato, não bastam os efeitos decorrentes da proteção ao trabalho e dos interesses do fisco, para considerar rompido o sistema vigorante e conceber a empresa como um organismo de cooperação, entre o empresário e seus assalariados, apto a compor, desde logo, uma categoria jurídica nova e independente²⁰.”

Embora considerasse o substrato econômico e a organização, não imaginou, o comercialista, alternativa, para definir a empresa semelhante à proposta formulada por Ronald Coase o que poderia decorrer, possivelmente, de economia e direito terem se distanciado a partir da incorporação da matemática às formulações econômicas, de se supor que economia é a-ética, enquanto o direito tem fundamentos morais, éticos, ou, pela simples razão de que a doutrina econômica não merece atenção dos estudiosos do direito.

Resultado é que, no Código Civil, empresa e atividades comerciais aparecem umbilicalmente associados, razão pela qual essa atividade, a empresária, tem caráter residual no universo econômico. A especialidade da atividade desenvolvida pelos comerciantes parece transposta para a noção jurídica de em-

19 MARCONDES, Sylvio. Do Conceito de Empresa. In: *Problemas de Direito Mercantil*. 3ª Tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 39.

20 Ob. cit., p. 39 e 40.

presa na nova legislação brasileira, razão pela qual o objeto da atividade determina sua inserção neste ou outro espaço da legislação.

Ao analisar, no direito italiano, a qualificação das empresas segundo o objeto, Oppo diz que a diversificação fundada no objeto visa a, dentro do quadro geral da empresa, reconhecer a especialidade das empresas e empresários comerciais. A distinção seguinte leva em conta a dimensão da empresa, que nada tem que ver com a organização da titularidade da empresa²¹.

Afigura-se anacrônica a classificação das sociedades em simples e empresárias, sendo estas equivalentes às sociedades comerciais, porque se foge da concepção da empresa como gênero, espécie de organização. Não houve, de parte do legislador brasileiro, esforço maior para incorporar avanços de outras áreas do conhecimento, como se a modelagem de um sistema normativo apto a conjugar conceitos e instrumentos de progresso econômico e social mediante a mescla de interesses individuais e coletivos, particulares e sociais, se fizesse com a simples unificação ou reunião de institutos.

Empresa, organização destinada ao exercício de atividades econômicas não tem suporte no sistema jurídico brasileiro, tal como inexistente no italiano, por isso que a solução proposta por Asquini, rebatendo a empresa, como estrutura organizacional, sob quatro diferentes perfis, prosperou e se consolidou. Dos perfis de Asquini, o subjetivo, associando empresa e empresário, atividade e sujeito de direito, e criticado por Oppo, leva à disciplina enviesada em que, o sujeito assume posição nuclear no quadro geral da empresa. O perfil objetivo ou patrimonial, no qual se vê a empresa na organização de bens, no estabelecimento, confunde meios com organização e exercício da atividade.

Sob o perfil subjetivo estão o empresário individual, pessoa natural e a sociedade empresária, pessoa jurídica; sob o segundo, o objetivo ou patrimonial, a disciplina positivada das relações jurídicas sobre o estabelecimento, dispõe quanto à tutela de credores na cessão ou trespasse da universalidade de fato, dando-lhe configuração de um patrimônio separado.

Adotando a visão de Sylvio Marcondes que nega a empresa vista como instituição, porque opção do legislador para conformar a disciplina da atividade negocial, partir da concepção de ser a empresa o feixe de contratos que tem como finalidade reduzir custos de transação, de criar base estável para o

exercício da atividade, da importância de manter presença em mercados, incomoda o descompasso que se nota entre as normas do Código em relação às necessidades econômicas da sociedade.

Seguida tivesse sido a disciplina do código civil italiano em que a empresa é categoria geral, à luz dos comentários de Oppo, seria mais simples a inclusão de outras atividades no campo do direito de empresa quando o produto ou serviço fosse razoavelmente fungível, ou seja, não personalíssimo. Atividades como advocacia, engenharia, medicina, farmácia, entre outras das denominadas profissões liberais, que são cada vez mais organizadas sob forma empresarial, permitiria manter o controle de ingresso nesses mercados restrito a portadores de diploma ou qualificação outra exigida para aquela atividade ao mesmo tempo em que normas de outra espécie incidiriam sobre tais organizações.

Partir de preferências individuais para determinar a redistribuição de direitos tende a resultar em equívocos; a harmonização de preferências individuais distintas, que é função do sistema jurídico, será eficiente quando apoiada, suportada, pela sociedade ou pelos grupos sobre os quais incide, mesmo que não haja unanimidade.

Não está claro o esforço do legislador brasileiro na perseguição desses efeitos. A adoção, no classificar atividades, de padrão datado e superado, o desprezo pelas mudanças socioeconômicas, suporte fundamental para o êxito da empreitada, não aparecem limpidamente nas normas de direito de empresa, o que indica estratégia fraca na sua recepção pela comunidade²². Como se, na classificação das atividades empresariais para externá-las das outras, a escolha se restringisse à mera troca de denominações – comerciante se torna empresário.

Se a idéia era garantir a incidência de certas normas, a aplicação dos tradicionais princípios mercantis apenas aos comerciantes/empresários, por conta da especialidade da empresa comercial, não se vê real avanço com a unificação do direito obrigacional.

A preservação das especificidades típicas originadas e aplicáveis ao direito comercial, a sobrevivência dos usos e costumes comerciais que, no mais das vezes foram convertidos em normas positivadas ou abandonados por anacrônicos, é desejável. Mas nem todos os institutos criados em fun-

22 Lembre-se, decorridos mais de dois anos de aprovação do Código, ano e meio de vigência, a reduzida adesão às adaptações dos contratos de sociedade às novas regras.

ção de necessidades comerciais ficaram restritos ao comércio. Títulos de crédito são, talvez, o mais acabado exemplo disso.

Em razão da preservação desses princípios mercantis e da consequente manutenção ou permanência de instituições sociais a eles presas, cuja alteração imposta pelo legislador não sempre induzirá as mudanças do ambiente socioeconômico com a adoção de condutas diferentes. A aderência das normas positivadas às práticas sociais é um dos requisitos para sua aceitação e observância com redução dos custos de transação que as adaptações à nova ordem criam. Quanto mais flexível for o sistema, mais fácil será respeitar as normas informais existentes, o que indica que as demandas sociais estão contidas na legislação.

O que se vê no mundo real, nos campos econômico, tecnológico e institucional, serve de suporte para compreender como o processo de mudanças do ambiente social se faz com menor atrito e por que, em outras situações, o resultado é decepcionante.

Falta, na disciplina da empresa no Código, a clareza de que se dispõe a respeito de organização destinada a criar utilidades mediante a produção e circulação de bens e serviços em mercados. A importância do funcionamento dos mercados é objeto de previsão constitucional que reconhece a iniciativa, livre iniciativa dos particulares como mecanismo de estímulo para a inovação e, portanto criação de riqueza e bem-estar. Livre concorrência, quando em mercados pulverizados, faz com que a disputa pela preferência dos consumidores quanto aos bens neles ofertados, aumente as alternativas de escolha na satisfação de necessidades.

Mercados, estruturas que tornam eficiente a troca econômica, são disciplinados pelo direito, sem o qual não se atinge o resultado. Outros mecanismos de indução de disputa em mercados são o respeito à propriedade privada e aos contratos, porque faltando garantia de que os resultados positivos dos esforços realizados poderão ser apropriados, que a riqueza circulará regularmente, pelo que contratos devem ser respeitados, que os direitos, deveres, ônus, obrigações e riscos são distribuídos entre partes, o sistema imporá custos de transação e a eficiência na criação de utilidades ficará comprometida.

À luz dessas considerações, a reforma da legislação societária pouco avançou. O congelamento dos tipos que as sociedades empresárias devem revestir, se visava a uniformizar as alternativas, afastou-se da tradição do direito comercial de permitir manifestações da autonomia privada, dar lugar para a criatividade dos comerciantes/empresários, na esteira da formação do direito

comercial, mais flexível, mais aderente às necessidades do trágico negocial pelo que, nesse sentido, opção de política legislativa de 2002 pode mostrar-se perversa e ineficiente.

Retomar os fundamentos que deram origem às diferentes formas societárias, ampliar a aplicação das normas especiais, ao invés das comuns, às operações econômicas envolvendo empresas, fomentar a produção de riqueza estimulando a organização de empresas, teria como efeito a redução da rejeição às atuais regras societárias, aproximando o escopo da Constituição da República 1988 e a atividade empresarial.

4. INCOMPLETUDE DO CONTRATO DE SOCIEDADE E AS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL

Característica do contrato de sociedade é sua incompletude. A idéia de contrato incompleto vem da economia. Entre os economistas é consensual a idéia de que contratos de execução continuada ou diferida são, por natureza, incompletos. A incompletude decorre, principalmente, da quase impossibilidade de prever eventos futuros que afetarão a execução do contrato; que se isso fosse viável, os custos, por vezes elevadíssimos, de tentar prevêê-los, comparados aos benefícios, que são previsíveis, desestimulariam os agentes econômicos que, podem mesmo preferir não contratar. Quanto mais longo for o lapso de tempo entre o momento da celebração do contrato e seu término, ou seja, quanto maior for o tempo de execução, maiores serão as dificuldades de imaginar soluções para eventos futuros. Por isso os problemas que surgem na análise de contratos desse tipo em nada se assemelham aos enfrentados com contratos de curta duração.

A imprevisibilidade de ocorrência de eventos que possam atingir os sócios durante a execução do contrato de sociedade como, é evidente, equivale a considerar que condutas oportunistas não podem ser descartadas. A incompletude contratual existente na organização de estruturas econômicas destinadas a perdurar no tempo, a dificuldade de redigir instrumentos que espelhem todas e quaisquer possibilidades futuras e disputas entre sócios é inafastável.

Nas sociedades comerciais primitivas foram desenhados alguns mecanismos, como a responsabilidade pessoal dos administradores/sócios, possibilidade de exclusão de sócio, destituição de administradores por deliberação da maioria são produto da necessidade de completar contratos em certos casos.

Admitido que o contrato de sociedade é uma das formas de organização da empresa e que, dadas suas características é incompleto, a doutrina econômica se dedicou a pensar remédios que possam ser adotados para reduzir custos de transação presos a esse fato, a incompletude contratual. O problema da incompletude contratual é enfrentado sob o prisma da interpretação do negócio, tentando-se determinar o que as partes queriam no momento da contratação. Que riscos foram previstos e como foram, ou não, partilhados entre elas.

Deixando de lado o fato de muitas decisões serem resultado de racionalidade limitada ou viesada, conhecida como *bounded rationality*, de que a distribuição das informações entre sócios ou de algum deles deter mais ou melhores informações, de estratégias adotadas pelos interessados, saber se informações foram ocultadas, podem influir na completude ou interpretação do contrato.

Nos contratos de sociedade, é comum que haja algumas regras dispendo sobre relações internas quando houver mudanças do “estado da natureza”²³, como, por exemplo, cessão da participação a sócios ou a terceiros, admissão, ou não, de herdeiros de sócio falecido, nomeação e destituição de administradores.

É possível prever alguns eventos mas, detalhar as ações a ser adotadas em qualquer circunstância além das ordinariamente conhecidas seria muito custoso. Se o contrato distribui riscos – benefícios e ônus – entre partes, eventos futuros não previstos podem afetar a distribuição inicial e convém que haja mecanismos para restaurar as relações. Porém, como o custo de redigir dispositivos depende da informação que as partes detenham para descrever os eventos e ações; descrever estados da natureza, evidencia-se a existência de relação direta entre a complexidade negocial e as informações relevantes para configurar a operação. E, sendo agente econômico racional, quando os custos de adotar medidas extraordinárias superarem os benefícios esperados, ou o contrato não é celebrado ou deixa-se espaço para renegociação ou para rescisão unilateral. Igualmente, quando a informação é muito custosa, deixar-se-ão em segundo plano na fixação dos direitos, deveres e obrigações *ex ante*.

Nos contratos legalmente típicos, a hipótese de incompletude parece remota ou inexistente porque todos os elementos definidores das relações entre partes, necessários, naturais e até acidentais estão predispostos na lei. Quem

23 Os economistas denominam estados da natureza aos eventos futuros que podem afetar as prestações das partes, que venham a incidir sobre o contrato, em suma.

elege um tipo contratual positivado escolhe o regramento legalmente previsto, não imagina possa ser incompleto. As disposições legais aplicar-se-ão ao negócio típico que produzirá seus efeitos típicos queiram as partes ou não, saibam ou não quais são. Essa idéia não se mantém nos contratos de sociedade que, mesmo típicos, são incompletos.

A discrepância entre a visão dos economistas e juristas quanto à incompletude contratual aparece no fato de que o Direito só a reconhece na medida e nos limites que se faculta às partes dispor, de forma imprecisa sobre o objeto do contrato e sobre o objeto das prestações das partes, em que se permita afastar a integração legal e em que se estimulem as renegociações entre partes.

Menor número de normas supletivas cria maiores possibilidades para que as partes formulem estratégias. Princípios gerais de direito, ordem pública, boa-fé e bons costumes, facilitam interpretar e integrar contratos incompletos; usos e costumes setoriais também podem auxiliar e, com isso, servir para analisar distribuição de direitos e riscos. Fato é que para o direito, incompletos são os contratos em que falta explicitação completa das obrigações de cada uma das partes. Portanto, quando se está frente a um tipo contratual, a incompletude resulta da falta de disposição em relação a elementos acidentais do negócio a que, regra geral, aplicam-se as normas supletivas.

Pensando incompletude do contrato de sociedade, as relações internas, entre sócios e destes com administradores, chama a atenção. A regra da maioria, por exemplo, é instrumento de completamento do contrato estruturalmente incompleto. As decisões sociais em que se impõe *quorum* mínimo serve para garantir a representatividade de sócios na aprovação de uma decisão; de outro lado, essa mesma regra dá, à decisão aprovada de acordo com as normas legais, validade pelo que todos os sócios ficam a ela vinculados além de se facilitar a continuidade da sociedade.

O sistema de sociedades brasileiro existente no Código Civil, porque parte de posição própria, em que a noção de empresário não equivale à do direito italiano por menos abrangente, preferindo-se ligá-la à de comerciante, implica que sociedades empresárias são as antigas sociedades comerciais, com exclusão da sociedade em conta de participação e da sociedade de capital e indústria, tipos que não podem ser adotados para o exercício da empresa (art. 983CC). O legislador italiano, estipulativamente, definiu que atividades são comerciais, pelo que se refere à agrícola como atividade empresária.

A sociedade civil do Código de 1916 (arts. 1.363 a 1.490), caracterizada por não definir um tipo por força das inúmeras normas dispositivas, desapparece e em seu lugar é desenhada a sociedade simples. Dizer que a sociedade civil não definia um tipo toma por base proposta de classificação de Sylvio Marcondes, fundada na responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais que, nas sociedades comerciais é elemento tipológico inafastável. Em realidade, a sociedade civil de 1916 servia mais às associações, tal como definidas na vigente legislação do que propriamente ao exercício de atividades econômicas, razão pela qual a opção de um tipo mercantil, em geral a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, tenha sido massivamente adotada.

Quem supunha que as normas predispostas para a organização da sociedade simples seguiriam o padrão anterior, surpreendeu-se com a disciplina atual. Concebida como estrutura básica do sistema societário em que a projeção externa da organização é evidente, as normas da sociedade simples são, ademais, supletivas de todas as outras formas societárias previstas no Código Civil, empresárias, ou não. Além do tipo aqui referido, é também simples a sociedade cooperativa, regida, majoritariamente pela Lei n. 5.764/1971, e alguns poucos dispositivos do Código Civil que, no art. 1.094, remete à legislação extravagante. Mostra de extremo bom senso porque preserva as normas conhecidas e reduz custos de transação.

Estão fora da disciplina societária predisposta no Código Civil, a sociedade anônima e a comandita por ações o que, por evidente, não significa inexistir um sistema de sociedades que tem base na Lei n. 10.406/2002.

Deixa-se de lado a questão do negócio jurídico sociedade, porque a estéril discussão sobre ser contrato ou outro negócio jurídico foi, com larga vantagem, favorável aos contratualistas. E o atual diploma, cuja redação é mais precisa do que a do Código de 1916, no art. 981 é inequívoco: sociedade é contrato. Faltaria definir contratos plurilaterais, mas o esquecimento deve ser relevado porque a doutrina a respeito está, de longa data, assentada.

Esse contrato é negócio jurídico mediante o qual os particulares ajustam o exercício em comum de atividade econômica; é negócio jurídico de estrutura aberta em que a variabilidade do número de participantes está estruturalmente contemplada. Ênfase deve ser dada ao fato de que, ao contrário dos contratos de troca, em que as partes estão em posições opostas (credora e devedora), neste prevalece o escopo comum refletido no objeto social. O con-

teúdo patrimonial econômico do contrato de sociedade permeia toda a organização das relações internas e externas, incluindo a imputação e a responsabilidade²⁴ da sociedade personificada e/ou de seus membros.

No que concerne à organização interna, nada obstante o escopo comum, o interesse dos sócios pode ser conflitante, daí a necessidade de regras relativas à convivência (o termo é empregado no sentido de observância aos direitos individuais e gerais), portanto normas que incidem apenas no plano das relações internas. Quanto às relações com terceiros estranhos ao quadro societário, a imputação e a responsabilidade de sócios e/ou administradores predomina no conjunto de normas.

Em relação às cooperativas, outra espécie de sociedade em que falta o escopo lucrativo para posterior partilha de resultados entre membros, observa-se que, neste aspecto, há diferente divisão de benefícios, feita diretamente aos cooperados sem que haja uma primeira apropriação direta pela sociedade, dado que são imputadas diretamente aos membros, todas as vantagens econômicas produzidas com sua organização. Essas vantagens são derivadas dos ganhos, quando cooperativas de vendas, ou de economias ou redução de desembolsos se cooperativas de compras, imputadas diretamente aos membros. Benefícios obtidos com venda/compra por força das economias de escala, são atribuídos aos cooperados na proporção de suas participações nas respectivas operações.

Porém nem sempre o legislador brasileiro foi bem sucedido no seu esforço. Exemplos são vários. Um deles é a confusão que pode ocorrer a quem, em leitura menos atenta, confunda sociedade simples, enquanto estrutura organizacional, forma básica de sociedades personificadas (arts. 997 e 1.038 do CC), com a mesma expressão empregada para qualificar sociedades não empresárias. Porque sociedade simples tem duplo significado, ao compor a firma ou denominação social de sociedade não empresária, por força do art. 1.150, o

24 Sobre imputação e responsabilidade Oppo, Principi, cit. entende que, sendo a empresa uma *fattispecie* comportamental pelo que a responsabilidade, tal como a imputação, no sistema do *codice civile*, recaem sobre o empresário (ou sociedade empresária). Quanto à imputação da atividade e não da organização explica que a organização, resultante de atividade intelectual e do trabalho é instrumental no exercício da empresa. Quanto à organização, sob o aspecto patrimonial, o mecanismo é o ordinário; pp. 48 e segs. No que concerne ao direito brasileiro, porque se deu à atividade de empresa caráter residual (aquelas que não constam do parágrafo único ao art. 966), conquanto do ponto de vista da relevância econômica as atividades comerciais assomem, a confusão entre empresa e atividade mercantil deixa a desejar.

Registro Civil de Pessoa Jurídica, no exercício de sua competência, determina que instrumentos contratuais dessa espécie de sociedades, as não empresárias, quando adotarem forma empresarial, por exemplo, a limitada, incluirão, na denominação social, a palavra “simples”, com o que sua denominação será: “XYZ... sociedade simples limitada”. Reaparece uma exigência que fora abandonada, a da aposição da sigla S/C, indicativa de ser aquela uma sociedade civil cuja forma era mercantil (art. 1.364 do Código Civil de 1916).

Sobre sociedades irregulares, não há repetição de normas do Código Comercial, sendo a vala comum o conjunto de regras predispostas para as sociedades em comum (arts. 986 a 990), com o reconhecimento de patrimônio especial (art. 988), e responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais com a sujeição de seus bens particulares aos credores sociais (art. 990).

A disciplina da sociedade em comum serve a dois propósitos: tanto facilita o início da atividade enquanto são tomadas as medidas necessárias para regularizar a sociedade, ou seja, procedimentos registrários e fiscais, quanto acolhe as anteriormente denominadas sociedades irregulares, em que falta o instrumento contratual, assim como as sociedades de fato, nas quais não há contrato, em que o consenso expresso está ausente.

Por se tratar de sociedade, a estrutura legalmente predisposta não inclui parcerias em que se ajusta apenas a divisão de despesas. Acordos desse tipo, que poderiam ser considerados uma espécie de sociedade interna que não aparece perante terceiros; as contribuições financeiras são destinadas à formação de um fundo destinado ao pagamento das despesas decorrentes do uso em comum de bens e serviços. Não há bens sociais e sim comunhão pelo que a regra do art. 988 não incide sobre tal negócio. Não se vê aí uma sociedade em comum, vez que a atividade é individual e as receitas não se comunicam.

Merece destaque a forma pela qual o legislador organiza a matéria relativa a sociedades separando expressamente as não personificadas (nem personificáveis) das sociedades personificadas. Estas incluem a sociedade simples (tipo) em nome coletivo, comandita simples, limitada e cooperativa. Sociedades empresárias não podem adotar os tipos simples e cooperativa, restando, portanto, dos 7 modelos disciplinados quando da vigência de dois códigos de direito privado, 5 tipos para tanto predispostos. Desses, a sociedade em nome coletivo e as duas comanditas, em virtude da responsabilidade ilimitada de ao menos um sócio são

raramente escolhidos pelos particulares. Dos iniciais 7 tipos restam 5 dos quais 2 representam as melhores alternativas para a organização de sociedades empresárias, sendo a limitada o tipo mais frequentemente escolhido tanto no exercício da empresa quanto de atividades não empresariais.

O forte indício da visão intervencionista do legislador de 2002 implica que o contrato de sociedade, quando do exercício da empresa, deixe de ser negócio consensual, como se concluiria da leitura dos arts. 981 e 985, para aproximá-lo dos negócios formais: o instrumento é essencial não para a regularidade do negócio mas como condição jurídica para o exercício da empresa.

Desse exacerbado viés controlador que privilegia se não o dirigismo estatal no mínimo o controle sobre as atividades econômicas, aparece na exigência de registro prévio ao início da atividade por empresário individual (art. 967), impondo aos órgãos registrários fazer, além do exame formal dos instrumentos a eles submetidos, a análise do conteúdo dos documentos. (art. 1.153), com o que eventuais cláusulas atípicas insertas em contratos típicos podem ser questionadas ou invalidadas.

Contudo, o resultado mais nefasto da opção pela tipicidade fechada em matéria de sociedades, que nada tem que ver com a tipicidade do modelo jurídico conforme art. 981, é seu anacronismo. Ordenamentos jurídicos de vários países da Europa continental, em função da demanda por estruturas organizacionais conhecidas para o exercício individual da empresa, abandonaram a exigência de pluralidade de pessoas, admitindo a organização de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada ou empresas unipessoais de responsabilidade limitada. São estruturas de organização da imputação utilizadas dentro do sistema para o que foi necessário flexibilizar o conceito de sociedade privilegiando-se a dinâmica do tráfico negocial. Novo problema ligado à tipicidade fechada do Código Civil de 2002 tem relação com a redação do art. 1.045 que veda a recepção da comandita sendo o sócio comanditado sociedade limitada. Essa combinação existe já na Alemanha podendo daí avançar para os demais países da União Européia.

Retomando a discussão de modelos legalmente tipificados, do que se explicou anteriormente, resulta que, dois são, em realidade, os tipos de sociedades empresárias de que se socorrem os particulares, limitada e a anônima e, dessas, por mais extraordinário que possa parecer, a anônima tem disciplina melhor do que a nova limitada. Comum aos dois tipos é a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, diferindo porque na limita-

da o capital social deverá estar integralizado, na anônima desde a integralização das ações subscritas. Integralizado o capital social da limitada, tal como na anônima, tem-se um patrimônio autônomo o que explica o regime de publicidade de certos atos e deliberações em ambos os casos.

Para Sylvio Marcondes a análise dos tipos de sociedades deveria partir da combinação e do relevo dado aos dois elementos imprescindíveis, as contribuições pessoal e patrimonial dos sócios, suas responsabilidades pelas obrigações derivadas do exercício da atividade em comum, ambos presentes sob diferente forma e intensidade nos tipos acima referidos.

Contratos de sociedade organizam relações entre sócios, ditas internas, além de definirem os mecanismos mediante os quais a sociedade personificada se relaciona com terceiros, são regras voltadas para fora, para garantia de terceiros. Portanto, ao avaliar custos de transação é preciso separar as relações internas das externas: custos de transação internos resultam de regras ou ajustes que incidem sobre as relações intra-societárias, administração, representação, conflitos de interesse e distribuição de competências e exercício de poder; custos de transação externos resultam da incerteza ou insegurança que se projetem e incidam sobre as relações da sociedade com terceiros estranhos ao corpo de sócios (ou quando os sócios puderem manter relações com a sociedade como se terceiros fossem).

Instituições sociais podem reduzir custos de transação externos para o que é preciso que mecanismos de punição sociais sejam eficientes e críveis gerando confiança o que facilita as relações com terceiros. No plano das relações internas, da mesma forma, a certeza de penalidades aplicadas a transgressores do regramento reduz o atrito nas relações internas quando houver conflitos entre sócios ou entre sócios e sociedade.

Recomendável incorporar normas sociais na formulação das leis uma vez que a aceitação das regras será mais fácil e rápida dado que as normas sociais, mesmo despidas de coercitividade do Estado, representam valores que a comunidade respeita.

Sendo o direito sistema que favorece certos comportamentos enquanto inibe outros, replica-se este modelo nos prêmios e punições presentes nas normas sociais que podem ser muito eficientes, às vezes mais do que o direito positivo, pela imediata sanção social de que são objeto certas condutas. Na medida em que tais sanções impostas em virtude de violação de normas sociais são aplicadas, a credibilidade que produzem tende a reduzir o número de “infrações”. Se a aceitação ou a

permanência de alguém no grupo estiver ligada à aderência aos padrões comportamentais previstos, verifica-se que as ações são por eles pautadas.

Daí que o sistema jurídico não deve ser tomado pelo seu aspecto puramente formal. A racionalidade formal não de presidir a redação, aplicação e/ou a interpretação das leis. Nesse sentido Pietro Barcellona: *La società istitutendosi di volta in volta istituisce altresì la differenza (e la relazione) fra le "figure" del pensiero e le forme di essere (ciò che è, è pensabile, ma non lo è in modo esaustivo, e reciprocamente il pensiero non è trasparente a se stesso) giacché essa esiste in questa differenza che non consente né di ridurre la società a pura combinazione di elementi già preconstituiti e definiti, né di ridurla a pura organizzazione della funzione della sopravvivenza biologica. Il trascendimento dell'essere biologico naturale e l'irriducibilità della razionalità oggettiva del vivente, fanno della società ciò che essa è: una forma d'essere che si dà ogni volta le sue leggi. (sublinhado meu e em itálico no original)²⁵*

Não muito diversa é a posição de Oppo, quando afirma que, sem conhecer os princípios informadores do sistema e suas virtudes, princípios que podem ser transmitidos para a legislação futura²⁶, não se faz escorreita análise hermenêutica de textos jurídicos.

Deixar de lado práticas consagradas e assentes que configuram instituições sociais, para, por opção de política legislativa, impor inovações que, como se disse atrás, foram pouco discutidas, pode ser "aposta" arriscada já que, pretender modificar comportamentos consolidados pode facilitar a criação de externalidades, estimular condutas oportunistas, gerar insegurança, redundando em custos de transação e redução da eficiência alocativa do sistema.

Comparação pontual de normas predispostas para a sociedade simples (arts. 997 e segs. do Código Civil) com as equivalentes, se houver, da socieda-

25 BARCELLONA, *Diritto senza Società – dal disincanto all'indifferenza* – Edizioni Dedalo – 2003 – p. 33 – e continua explicando: *La consapevolezza del carattere "umano, storico e sociale" della legge istituisce contestualmente un dover essere: il diritto di interrogarsi su quale legge e perché, su quale verità e in que modo, e il vincolo di rispondere argomentando ragionevolmente, secondo la razionalità comunicativa. Perciò non è possibile alcuna fondazione e dimostrazione della riflessività, giacché non è possibile riflettere senza pressuporre la riflessività; tuttavia una volta posta essa comporta delle conseguenze e dei vincoli coesenziali: l'impossibilità di far ricorso ad altro che non siano "argomentazioni ragionevoli"*

26 OPPO, *Principi* – cit. p. 35 ... *aggiungeva di non credere di esser venuto meno, con ciò, allo "scopo scientifico" perché non è dato neanche migliorare le leggi "se non si conosce tutto il sistema del diritto vigente e non si scopers tutta la virtù dei principi que esso comporta e che può trasmettere alla legislazione avvenire".*

de civil (arts. 1.363 e segs. Código Civil de 1916), elucida o que, para *law and economics* é comportamento oportunista e em que medida há estímulos positivos, ou negativos, na decisão da conduta de cada sócio.

5. SOCIEDADE SIMPLES

O tipo sociedade simples em nada se assemelha à sociedade civil do Código de 1916. O sistema de sociedades do Código Civil faz desta sociedade simples o tipo básico de estrutura organizacional, suporte para todos os outros.

Referindo-se à *società semplice* do direito italiano Jaeger e Denozza afirmam que, não fosse o reenvio, com o que as regras desse tipo aplicam-se supletivamente às sociedades de pessoas, sua importância no sistema de sociedades seria marginal²⁷. Talvez este seja o destino da sociedade simples no Brasil. Alguns argumentos serão oferecidos para justificar a conclusão.

O legislador brasileiro, separando sociedades empresárias – destinadas ao exercício da empresa ou do comércio das demais –, destinou esta forma de organização, a sociedade simples, para o exercício de atividades não “comerciais”, logo não empresariais, afastando-se nesse aspecto, do direito italiano. Naquele sistema, como ademais no Brasil, as sociedades em nome coletivo e comandita simples, às quais a regra de reenvio se destina, são regidas por poucas normas específicas a respeito de algumas matérias. Assim, o reenvio serve para dar resposta a incompletudes tipológicas em questões em que convém ter uma estrutura básica e uniforme.

Assim, compreende-se que a sociedade simples tenha sido pensada como estrutura fundamental que sirva a qualquer sociedade pelo que a aplicação supletiva, e no que compatível, às demais formas de sociedades, tem lógica. Dá-se à sociedade simples, no quadro geral das sociedades, dupla função; servir como forma para sociedades não empresárias e, por conta do reenvio, suprir, na falta de expressa norma tipológica e inexistência de previsão contratual, completar o contrato.

Mas, desde logo, e em vôo de pássaro, pode-se concluir que a sociedade simples é fonte de importantes custos de transação, por várias e óbvias razões:

27 JAEGER; DENOZZA, ob. cit., p. 135.

1) a unanimidade para aprovar alteração de qualquer das menções obrigatórias do instrumento de contrato (art. 999) que, no caso de número de sócios superior a 2, confere poder de veto a qualquer sócio mesmo que detenha parcela ínfima do capital social. Disso podem surgir comportamentos oportunistas que transferem o poder decisório da maioria para a minoria.

A unanimidade, quando incide sobre sociedades de reduzido número de sócios, pessoas relacionadas entre si, familiares, conhecidos ou amigos, estrutura conhecida como sociedade de pessoas, em que a contribuição pessoal de cada membro tem importância para o sucesso da atividade, poderia ter lógica no que diz respeito à distribuição de poder.

Modelo que atende a organização de pequenas sociedades, não se ajusta, por exemplo, a determinadas situações como, por exemplo, escritórios de advocacia, que, como alguns conhecidos no Brasil, contam com mais de 200 membros. Outros exemplos serão as sociedades de contadores, consultores, enfim, profissionais liberais que, se a profissão permitir, tenderão a adotar outro tipo e não o da sociedade simples;

2) a destituição de administradores indicados no instrumento de contrato é outro exemplo de como a unanimidade pode ser perversa e desconfortável. Mesmo que se parta da premissa de que o destituendo não exercerá o direito de voto em virtude do conflito de interesses material, qualquer amigo seu que participará, obrigatoriamente da deliberação, pode vetar a proposta;

3) a disposição do art. 1.010 em que, na seção dedicada à administração se atribui à maioria poder decisório. Evidente que em confronto com o art. 999 o entendimento será de que se trata de deliberação de administração ordinária, não de alteração do contrato (bases do negócio) que seria administração extraordinária. Ora bem, a maioria será computada segundo o valor das quotas de cada sócio, ou seja, segundo sua participação porcentual no capital social. Portanto sócio que contribui com serviços não tem direito de voto. Mas, o legislador vai adiante e, no parágrafo 2º, resolve determinar que, no caso de empate, ao invés de dar voto qualificado a alguém, a solução é contar os votos por cabeça. Duas maiorias, a de capital, usual em sociedades comerciais, e a por cabeça, desenhada para as cooperativas e associações. Pode-se prever muito cálculo no momento de distribuir participações entre sócios a fim de evitar ou minimizar a possibilidade de voto por cabeça em que pode ser vencedora a parcela de sócios representando a minoria do capital social;

4) a participação do sócio que só contribua com serviços, portanto apenas pessoal, na distribuição de resultados, quando não haja clara previsão no instrumento de contrato é, de tal forma desproporcional, que aplicada a norma do art. 1.007, fará jus a valores que podem superar os atribuíveis aos sócios que tenham dupla contribuição, pessoal e patrimonial.

Note-se que o Código Comercial, cuja disciplina da sociedade de capital e indústria foi parcialmente reproduzida, fixava a participação do sócio que contribui com seu labor, à do sócio de menor participação no capital social. A redistribuição de direitos é aqui clara e impõe custos de transação seja pela necessidade de maior cautela na redação do instrumento de contrato que disponha sobre a partilha dos resultados, seja na antecedente negociação dos sócios para definir parâmetros adequados. Parece evidente que a norma do art. 1.007, se a intenção do legislador era facilitar a inclusão de pessoas que contribuiriam com serviços para a sociedade, é ineficiente;

5) considerando que sobre as sociedades empresárias aplicam-se princípios que não incidem sobre atividades não empresariais, a regra de reenvio, sobretudo quando se trate de limitada, que no direito italiano não está sujeita a esse procedimento, é fruto de “equivoco” conceitual em que prevaleceu o *piggyback* sem levar em conta as especificidades de cada sistema.

O legislador de 2002 foi enfático quando se debruçou sobre o exercício da administração nas sociedades. A regra do art. 1.011 é emblemática. Evidente que os capitais que são investidos pelos sócios quando da organização da sociedade e eventuais aportes subseqüentes, devem ser entendidos como necessários e imprescindíveis para a formação da base material que permite o exercício de atividades econômicas. Logo, os administradores, gestores desses bens, devem agir no sentido de sua boa aplicação que permita o crescimento da atividade ao mesmo tempo em que não devem assumir riscos que afetem à sociedade e indiretamente aos sócios.

A questão fica no plano da assimetria de informações, no problema da seleção adversa, no uso de informação oculta. A prática de ações temerárias em que são aceitos riscos fora do controle dos sócios, e a impossibilidade de terceiros, estranhos à relação, usualmente Tribunais, observarem que havia equivalência no partilhamento de informações tende a conturbar o processo de avaliação da conduta administrativa, não há como avaliá-la. Os padrões fixados no art. 1.011 parametrizam as análises externas e posteriores da ação administrativa. A

redação do *caput* desse artigo, em resumo, define o padrão segundo se prevê a conduta do homem ativo e probo na administração de seus negócios. Ocorre que administradores são fiduciários e, portanto, a observância dos deveres deve ser modelada segundo procedimentos impostos ao que administra coisa alheia.

Razão simples para mudar o padrão: ainda que se suponha que homem diligente, ativo e probo, age de maneira a preservar o valor de seus bens, não menos certo que os efeitos de suas ações recaem sobre ele. O efeito ou o resultado da ação administrativa recai sobre a sociedade pessoa jurídica direta, indireta e proporcionalmente sobre os sócios. Considerados fiduciários, porém, sua conduta será avaliada por outra medida. Sabe-se que, quando atuam de modo eficiente, a sociedade e sócios ganham; se agirem ineficientemente, todos, sócios, credores, empregados e a comunidade são penalizados²⁸.

Falta na disciplina do Código a distinção entre deveres de administradores que, diuturnamente gerem as operações da sociedade, daqueles que recaem sobre os que fiscalizam sua ação, como previsto no art. 1.020 que se refere à prestação de contas anuais.

No caso de algum sócio questionar a ação administrativa, a revogabilidade dos poderes conferidos ao sócio investido na administração por cláusula contratual, ocorrerá apenas quando for invocada justa causa reconhecida judicialmente. (art. 1.019).

O instituto do *trust* do direito anglo-norte-americano explica melhor do que o padrão do homem ativo e probo a equiparação de administradores a fiduciários. Os *trustees* são encarados como agentes (*agents*) dos beneficiários cujos interesses devem respeitar. Os deveres fiduciários dos *agents*, transpostos para a administração de sociedades, permitem estruturar com mais propriedade a relação destes com a pessoa jurídica e seus sócios. Os administradores recebem, como se por delegação, poder para gerir bens da sociedade que é sobre quem recaem os efeitos de suas decisões. Portanto devem precaver-se contra responsabilidades que lhes sejam imputadas por quem detenha o governo da sociedade, os sócios.

Nada obstante haja previsão de responsabilidade patrimonial por prejuízos em virtude de ações culposas (art. 1.016), a apuração de culpa – negligência, imprudência ou imperícia – nem sempre será fácil. A dinâmica dos negócios

introduz a imponderabilidade dos resultados em todas as ações, o que significa que é preciso pensar em estímulos para que se previnam disputas.

Uma das possibilidades é pensar em modelos de jogos de cooperação, minimizando estratégias dominantes que sejam desenvolvidas pelos administradores e que recaiam sobre os efeitos de sua ação sem que se consiga demonstrar desvio do padrão.

Como se trata de um jogo reiterado entre mesmos jogadores, as estratégias serão de longo prazo. As normas precisam prever estratégias de cooperação induzindo os jogadores a fazerem escolhas em que o descumprimento seja acompanhado de alguma penalidade.

Em *Promoting Norms – An Evolutionary Approach to Norms*, Robert Axelrod²⁹ explica que regras ou normas são importantes nas ciências sociais porque permitem explicar comportamentos coordenados e servem para reger conflitos. Sobre a visão de que a norma existe em dado contexto social e na medida em que as pessoas usualmente a respeitam e, com frequência, há punições para os que a violam, o autor considera que isso depende da adesão à norma e da aplicação de punições aos violadores. Considerando que aquilo que é benéfico para uma pessoa tem maior probabilidade de ser repetido, as melhores estratégias, as mais eficazes serão repetidas. Mas, continua, trata-se de probabilidade levantando dúvidas a respeito dos fatores que levam à consolidação da prática ou da norma.

Outra possibilidade de análise de comportamentos, continua Axelrod, é punir quem se recusa a punir o infrator, ou seja, está-se cuidando de metanorma, cujos efeitos, diz ele, dependem de as pessoas ansiarem por vingança. A metanorma pode induzir o surgimento de normas da mesma forma que a dominação, ou grupos de pressão bem organizados podem promover a criação da norma.

Mas, de seus argumentos, o que chama a atenção tem que ver com a internalização da norma que, no plano psicológico, é causa de sofrimento para o transgressor. Dificuldade ou fragilidade do argumento está em que não basta reduzir a tentação de transgredir, há que compreender o que é o “comportamento correto” para uma dada comunidade ou ser membro de um grupo.

29 AXELROD, Robert. *The Complexity of Cooperation – Agent-Based Models of Competition and Celebration – Princeton Studies in Complexity – 1997 – Princeton University Press – Princeton New Jersey – p. 44 e ss.*

Normas sociais antecedem as positivadas, sendo acolhidas, ampliadas e mantidas por estas. A coercitividade da lei (poder do Estado) a clareza que deve presidir a redação das leis. O estudo alerta para o fato de que o sistema jurídico precisa de suporte da sociedade para que as leis sejam eficientes. Por isso, diz, normas sociais e normas positivas, mutuamente, porque têm força e fraqueza complementares, atuam como suporte entre si.

Possivelmente a reputação, o “bom nome”, seja o elemento mais relevante na avaliação do comportamento dos administradores, uma vez que sinaliza para o futuro o que se pode esperar da pessoa. A repetição do comportamento previsto e desejado passa a ser estratégia dominante. Condutas contrárias ou desviadas dos costumes e práticas, que possam criar risco para o funcionamento da sociedade, que afetem a credibilidade do administrador devem ser rapidamente equacionadas e para isso a destituição sumária deveria ter sido prevista. Afinal, trata-se de função de confiança que, rompida, dificilmente será restaurada. O que se deseja na administração da sociedade não é o homem ativo e probo avesso a todo e qualquer risco porque ele imobilizará a sociedade, assim como não se quer o jogador tomador de riscos extraordinários. Olhando o administrador como fiduciário, a mudança do padrão ou paradigma de avaliação amplia o campo de atuação ao mesmo tempo em que acentua a diligência e a perícia no exercício da função.

Do ponto de vista estratégico, ações diligentes não eliminam maus resultados mas ao menos não se pode inquirar o administrador de inepto. Como é que o Judiciário enquadrará a perda de confiança no padrão da justa causa?

Falta resposta para duas dúvidas: que critérios informaram a atribuição e delimitação de direitos entre sócios e, em que medida o legislador observou a possibilidade de estimular comportamentos oportunistas nas sociedades simples com os óbvios reflexos nos custos de transação. O reenvio das normas da sociedade simples às empresárias impõe a elas esses custos.

6. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS: A LIMITADA

Princípio norteador dos tipos de sociedades mercantis de formação mais antiga, formas primitivas, tinha na responsabilidade solidária de ao menos um sócio pelas obrigações sociais o instrumento ideal para induzir decisões negociais prudentes, reduzir riscos e, portanto, custos de transação externos e internos. Combinava-se administração e responsabilidade de tal forma que daí

emergia um sistema de freios e contrapesos de extrema simplicidade. Ao mesmo tempo em que se facilitava o governo da sociedade era reduzido o *moral hazard*, comportamento favorável à tomada de riscos extraordinários quando se acredita que o credor suportará a perda que lhe seja imposta pelo aventureiro. A imputação de responsabilidade, fundada na percepção de que aquele que pode ter os bens pessoais sujeitos à constrição de credores por obrigações originadas no exercício de atividade econômica será mais diligente, cuidadoso, tratando de afastar de si esse efeito patrimonial.

Se o tipo previsse, como a sociedade em nome coletivo, responsabilidade de todos os sócios pelos atos dos administradores da sociedade, supõe-se que o cuidado na escolha de sócios e administradores aumentaria porque pessoas avessas a risco não se ligarão àquelas propensas a aceitá-los. Riscos são inerentes ao exercício de atividades econômicas, como demais disso, de inúmeras outras atividades. Precaver-se dos riscos extraordinários, não usuais no exercício de atividades econômicas em mercados, resultantes de decisões impensadas e arriscadas, é atitude sábia e deve ser estimulada. Associar responsabilidade patrimonial e administração da sociedade pode ser entendido como escolha racional dos comerciantes para reduzir custos de transação.

Atrair investimentos para atividades de risco, garantir fornecedores, credores em geral, depende de estimular práticas diligentes, manter a reputação de honestidade e confiabilidade, ser bom o risco. Permitir ou facilitar ações irresponsáveis que inviabilizassem a continuidade dos negócios, dificultasse a obtenção de crédito aumenta custos de transação. Como pessoas egoístas, racionais, maximizadoras de utilidades, o sistema desenhado pelos comerciantes em gestão e responsabilidade solidária, leva a outra medida eficaz, a eliminação do comerciante falido do sistema, do mercado, meio de “saneamento” da profissão.

O sistema de *checks and balances* diminui custos de transação, inibe oportunismos e internaliza benefícios de condutas virtuosas. Segundo Axelrod, as sociedades comerciais de formação mais antiga seguiram efetivamente o modelo de formação de normas sociais e jurídicas. Dessa visão foge um pouco a sociedade limitada, fruto de criação legislativa na Alemanha e que aportou no Brasil em 1919. A limitação da responsabilidade limitada despidida de certos requisitos previstos para as companhias faz com que o novo

modelo societário fosse rapidamente adotado por outros ordenamentos além do alemão³⁰. O tipo foi bastante modificado neste Código de 2002, que tratou de aproximá-la aos congêneres europeus, só que aos anteriores.

Se na origem a limitada assustara os juristas, afinal o modelo era tão distinto dos usuais, tão simples e flexível, ao longo dos anos jurisprudência e doutrina trabalharam para que a estrutura se consolidasse. Tudo indicava ser inconveniente tocar nas regras da limitada, admitindo-se, por inovadora, a permissão de sociedades unipessoais adotarem essa forma, tal como se vê no direito continental europeu.

Além de deixar fora do sistema a limitada unipessoal, o legislador não se preocupou com a imposição de valor mínimo para o capital social, como nas legislações européias, preferindo um sistema de publicidade que é mais oneroso. Grande o descompasso da disciplina da limitada brasileira na comparação com as européias. Sensível, porém, a nova distribuição de direitos que aparece na exigência de *quorums* deliberativos e a supressão do recesso para os dissidentes.

Tomando de Coase a idéia de considerar os fatores de produção como direitos, suponha-se, inversamente, pensar direitos como fatores de produção, concluindo que, o exercício de um direito representa um custo e pode até causar uma perda, porque ao se atribuí-lo a uma pessoa exclui-se, por óbvio, outra de exercê-lo. Atribuições ou distribuições de direitos representam alocações de bens produtivos que tanto podem resultar da legislação quanto de costumes, instituições sociais. A redistribuição dos direitos que emane da legislação, quando apartada das instituições, pode ser fonte de custos sociais; se os custos são efetivos, percebidos pela sociedade, ou não, depende de avaliação dos ganhos e perdas. Quando os ganhos superam as perdas, a sociedade, como um todo, terá sido beneficiada, no caso inverso, evidente que alguns serão favorecidos ou beneficiados alguns.

Quando a distribuição de direitos foge das normas instituições ou das práticas sociais, faz uma nova distribuição de riqueza na sociedade³¹ que gera insatisfações. Na medida em que as insatisfações sejam resolvidas me-

30 Sabe-se que a disseminação do tipo em França decorre da incorporação do modelo alemão pelos habitantes da região da Alsácia-Lorena quando sob domínio alemão, o que tornou inviável proibir a constituição de sociedades com essa forma quando a região foi incorporada à França.

31 Ob. cit., p. 155 e 173.

diante a migração deste tipo, a limitada, para outros, como as anônimas, o sistema societário será empobrecido.

Tome-se a questão das deliberações dos sócios, arts. 1.071 a 1.080 e se analise sob a óptica da incompletude contratual. Quanto mais elevado for o *quorum* de instalação e aprovação da matéria, dada uma certa dispersão das participações, mais evidentes ficam as possibilidades de comportamentos oportunistas e, portanto, maiores os custos de transação incidentes nas negociações.

Na vigência do Decreto n. 3.708/1919, a regra era a da maioria simples cujo contraponto ou freio era o direito de recesso (art. 15). Agora, qualquer alteração do contrato social ou referente à reorganização da estrutura societária exige aprovação de sócios representando 75% do capital social (art. 1.076, I). Aumentam os custos de transação segundo a distribuição das quotas sociais.

No que concerne à designação de administradores por instrumento separado, a regra anterior era a da delegação individual. A legislação vigente requer aprovação de, no mínimo, sócios representando 50% do capital social, previsão contratual e capital integralizado, sem o que é preciso que sócios representando cerca de 67% do capital social a aprovem (art. 1.061 combinado com o art. 1.076, II).

Considerando que o recesso é direito que serve melhor aos interesses da maioria, liberta os dissidentes de aceitarem deliberação contra a qual se insurgem mediante recebimento de seus haveres, não será este o melhor remédio para conter exercício despótico de poder? Afinal, *quorum* qualificado de 75% leva a entrever situações de bloqueio das operações para a obtenção de vantagens com o que a maioria que não perfaça aquele porcentageal ficará acuada.

Maiorias similares nas anônimas são menos relevantes porque nestas prevê-se maior dispersão da base acionária e, segundo a visão de que as assembléias gerais facilitam negociações para a completude dos contratos, a participação nos debates, a troca de idéias, permite que uns convençam os outros.

Nas limitadas o legislador previu a instalação de assembléias apenas quando o número de sócios for superior a 10, o que, provavelmente, representa a minoria do universo das limitadas (art. 1.072. parágrafo 1º), sociedades com 10 ou menos sócios, estão dispensadas da convocação e instalação de assembléias, realizam reuniões. A regra de reenvio do art. 1.079 indica que convém prever, no instrumento de contrato, as regras que presidirão os debates nesses casos.

Regra geral é que a assembléia de sócios só se instala com a presença, em primeira convocação, de sócios titulares de, no mínimo, 75% do capital social (art. 1.074); outra possibilidade de conduta oportunista é frustrar sua instalação, impor nova convocação e com isso retardar a decisão.

Mais estranho, fugindo ao conceito de sistema, quando trata das deliberações de sócios, realização de assembléias ou reuniões, o legislador parece ter dado espaço para manifestações da autonomia privada, facultando aos interessados disporem segundo seus interesses e conveniência. Ledo engano. A matéria está legislada no Título IV, Capítulo I, Do Registro, no art. 1.152, parágrafo 3º, como se de pouca importância no sistema de sociedades.

Às limitadas que adotem, para suprir a lei ou o contrato, as normas do anonimato, a questão não se põe porque naquela lei está claro qual o prazo de antecedência com que as publicações devem ser feitas e em que jornais. As que sejam regidas pelas normas da sociedade simples, em virtude do reenvio, devem obedecer ao disposto no art. 1.152 que, em princípio, tem que ver com a regularidade na observância da lei.

Não se atribua ao fato de serem as limitadas classificadas em função do número de sócios, uma vez que as normas relativas às assembléias aplicam-se, nos casos omissos, às reuniões de sócios como se explicou. É problema de organização e redação da disciplina legal.

Nessa mesma linha é ambígua a redação do art. 1.053 do Código Civil e seu parágrafo único. Art. 1.053 *A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único: O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.* Leitor menos atento, ao interpretar o texto, parte do pressuposto de que a norma de reenvio, *caput*, é cogente, enquanto que o parágrafo é regra dispositiva; assim, a supletividade se faz pela imediata aplicação das normas da sociedade simples para depois, se ainda houver o que suprir, passar-se àquelas das companhias.

Não há de ter sido esse o intuito do legislador, levar o leitor a conclusões esdrúxulas. As duas regras de reenvio são, em geral, mutuamente excludentes. Apenas quando haja incompatibilidade entre as regras das companhias, quando a ela se fizer remissão, e faltar previsão seja na lei seja no instrumento de contrato, o reenvio é à sociedade simples. Por exemplo, no que diz respeito a impedimentos para exercer a administração de sociedades (art. 1.011, parágrafo 1º).

Também merece cuidado a redação do art. 1.052, notadamente se comparada com a do art. 2º, do Decreto 3.708/1919³², em que é claro que todos os sócios são ilimitadamente responsáveis pela integralização do capital social. Ou seja, enquanto não integralizado o capital, credores da sociedade poderiam exercer suas pretensões contra um, alguns ou todos os sócios, sem indagar qual deles era remisso. A solidariedade dos sócios pelas obrigações sociais era garantia.

O art. 1.052 está assim redigido: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”. Haverá quem entenda que, em razão da nova redação, semelhante à das anônimas, surge benefício de ordem que afeta a solidariedade. Explica-se: a lei do anonimato, no que é comum em todos os sistemas, dispõe que cada acionista é individualmente responsável pela integralização das ações subscritas ou adquiridas. Não há solidariedade nem dos acionistas entre si, nem destes pelas obrigações sociais. A participação do acionista remisso deve ser alienada em bolsa para que a sociedade não seja prejudicada pelo descumprimento de sua obrigação.

Já quanto às limitadas, a norma do art. 1.057, com o reenvio ao art. 1.004, implica a exclusão do remisso e a redistribuição das quotas entre os sócios ou sua transferência a terceiro. Ora bem, até que essas medidas sejam implementadas a garantia de credores sociais está prejudicada. E, se acionar qualquer sócio, a contestação poderá vir na forma de pedido de exclusão da lide por que este, em especial, terá cumprido sua obrigação assim como poder-se-á invocar benefício de ordem.

A redação da legislação anterior era mais precisa no que concerne à responsabilidade. Interesses contrapostos harmonizados, direitos bem distribuídos, incentivos corretos para os dois pólos da relação reduzem custos de transação. Compreensíveis as críticas ao novo modelo de limitada, tipo de maior presença no tráfico negocial pelo que o legislador deveria ter aproveitado a oportunidade, ao reformá-la, para ao invés de dar-lhe estrutura mais complexa, garantir a flexibilidade que lhe era peculiar.

Há boa razão para a revogação do Decreto de 1919 se, diferentemente do que justificara a reforma da lei das anônimas, a limitada não se presta para

32 Art. 2º – “O título constitutivo regular-se-á pelas disposições dos arts. 300 e 203 e seus números do Código Comercial, devendo estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social.”

captar fundos junto à poupança popular? Da óptica da visão de Coase, a realocação de direitos feita em 2002 não parece eficiente; os aperfeiçoamentos desejáveis não foram contemplados e a redistribuição de direitos, sem que se tivesse feito levantamento do universo ao qual se aplicariam levou, segundo se ouve, à expropriação do controle (maioria simples por maioria super qualificada) sem prévia e justa indenização.

CONCLUSÕES

A mudança permanente e continuada das relações microeconômicas, da organização de atividades empresariais, os arranjos cada vez mais complexos e sofisticados, exigem a recepção de normas disciplinadoras flexíveis, aptas a recepcionar estruturas e fórmulas novas que são, de tradição, usuais no exercício e desenvolvimento das atividades econômicas, as comerciais em particular. No que concerne às relações empresariais é límpida a importância da interação entre economia e direito, sobretudo quando se discute a criação de custos de transação, externalidades, e comportamentos oportunistas.

A nenhuma relevância, a falta de reconhecimento da importância dos mercados, das relações que neles se processam, despersonalizadas e maciças, constitui outro equívoco do legislador. A esse respeito nota-se a aproximação entre as visões de Oppo e Coase a respeito da coexistência de empresas e mercados, das interações entre as duas organizações, sustentando-se a visão de *law and economics* adotada. De Coase se retira a idéia de que empresas são organizações econômicas que, diferentemente da concepção adotada pelo legislador brasileiro, concorrem na busca de recursos escassos e, por isso, o que as normas deveriam prever seria a maximização das utilidades dos investimentos, a redução de custos de transação tanto no momento de organizar estruturas quanto durante sua existência.

De Oppo ficam o reconhecimento de que a liberdade de mercados é desejável e que as normas jurídicas devem respeitar a empresa, ressalvados os interesses da coletividade; que a administração maciça e mecanizada de interesses e demandas individuais é tecnicamente simplificada e economicamente vantajosa; que a liberdade de organização e assunção de riscos é boa, desde que não se prejudique os investidores. A rigorosa garantia do crédito não deve favorecer o devedor.

À vista do que se põe a questão do exagerado formalismo imposto à atividade de empresa pelo Código Civil, abandonando a tradição do direito

comercial em que os esquemas formais são residuais; o descasamento ou a defasagem evidentes entre os aperfeiçoamentos sociais e o texto do codificado, que, igualmente, não deu importância aos fundamentos econômicos que servem de esteio para a organização empresarial; o pouco de teoria econômica que se percebe está ultrapassado.

No que concerne à separação entre atividades comerciais das outras atividades econômicas, as não mercantis, no quadro geral do direito de empresas, o objetivo de manter a especialidade daquelas estaria melhor formatado com a reprodução da legislação italiana que considera a organização econômica voltada para mercados de forma geral e específica as atividades que recebem disciplina própria. As especificidades dessas atividades relacionadas ao setor da economia em que são exercidas, em definição estipulativa de setores, são conhecidas no país. Basta lembrar que atividades financeiras são disciplinadas na Lei n. 4.595/1964, que a disciplina do mercado de valores mobiliários está na Lei n. 6.385/1976.

Recepcionada a empresa como categoria geral, o Livro II do Código Civil definiria as mercantis cujas regras poderiam ser objeto de leis especiais, facilitando-se inovações e correções pontuais. Veja-se, por exemplo, a disciplina referente à contabilidade que, segundo manifestações dos especialistas na área leva a propor sua pura e simples supressão do Código Civil.

Recebidas como aperfeiçoamento, as disposições relativas ao estabelecimento são tardiamente positivadas, uma vez que, em muitas áreas da atividade econômica, a tendência ao desaparecimento dos ativos corpóreos é grande, com o que o estabelecimento, ideado há décadas, define regras para uma parcela do universo. Demais disso, a restrição que limita a incidência das normas relativas a essa organização de bens apenas quando destinados ao exercício da empresa mercantil, deixa à margem o setor terciário, cuja importância econômica é crescente.

Mais relevante, porém, é o desvio entre a importância que o legislador constituinte deu à livre iniciativa em 1988, e as normas do Código Civil, que, nas mais das vezes, vão na direção oposta com a criação de exigências que tolhem a criatividade dos agentes econômicos.

A livre iniciativa se faz com estímulo à inovação e à criação de utilidades, enquanto que o Código Civil abusa de normas limitativas do exercício da autonomia privada e impõe esquemas de controle tanto na esfera administrativa quanto judicial.

No plano da incompletude de contratos de longa duração e execução continuada em 2002, quando economistas se debruçam em formulação a respeito de seu completamento mediante negociação ou renegociação privada, o Código estimula litígios enviando ao Judiciário várias questões que deveriam ser resolvidas internamente porque de interesse dos membros da sociedade. Sobretudo o que se percebe, dessa óptica de *law and economics* é, sob tantas e variadas formas, a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas, a ponto de indagar se a eticidade, como princípio informador, basta para refreá-los ou se, ao revés, serão potencializados, com o que se aumentam custos de transação e se diminui o bem-estar geral.

Quando são reforçadas barreiras à inovação, como arranjos societários complexos, quando as empresas podem ser meros centros de decisão, ficando as atividades de produção por conta de terceiros mediante recurso a contratos empresariais típicos e atípicos, o engessamento da noção de empresa e sua estreita associação à comercialidade e a modelagem fechada de tipos societários, resta ao estudioso nada mais do que reflexão melancólica pelo tempo e esforço desperdiçados para tão pequeno resultado.