

-ANÁLISE ECONÔMICA DO REGIME JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO

*ECONOMIC ANALYSIS OF THE LEGAL AND CONSTITUTIONAL SYSTEM OF THE FIRM
UNDER BRAZILIAN LAW*

*ANÁLISIS ECONÓMICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA
EN EL DERECHO BRASILEÑO*

Eduardo Goulart Pimenta¹

Resumo: A Constituição Brasileira de 1988 cuidou da regulação jurídica da empresa sob seus dois aspectos fundamentais, que são a sua estrutura econômica e o ambiente no qual ela existe e funciona. No primeiro aspecto, há as normas que disciplinam os fatores de produção que, uma vez organizados, constituem o modo empresarial de atuação. Destacam-se e são analisadas aqui, portanto, as normas constitucionais orientadas à regulação do capital, do trabalho, da matéria-prima e da tecnologia. Já sob o segundo aspecto, há as normas constitucionais que organizam o mercado, ambiente no qual a empresa lança os produtos e serviços por ela gerados. Neste ponto são abordadas as normas

1 Doutor e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial na UFMG. Professor Adjunto de Direito Empresarial nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUCMINAS (CAPES 6). Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado e consultor em Direito Empresarial. goulartpimenta@gmail.com

constitucionais que estabelecem as bases do livre funcionamento do mercado, como a concorrência e a livre iniciativa. Por outro lado, há que se complementar a análise da empresa e sua regulação na Constituição Federal de 1988 com ponderações sobre a estrutura do risco no exercício da atividade empresarial e as formas jurídicas de limitação deste risco, corporificadas nas modalidades de sociedades empresárias de maior utilização.

Palavras-chave: Empresa. Constituição Federal de 1988. Análise Econômica do Direito.

Abstract: The Brazilian Constitution of 1988 addressed the legal regulation of the firm from two fundamental aspects: its economic structure, and the environment in which it operates. In the first aspect, there are the rules governing the factors of production that, once organized, constitute the business mode of operation. Therefore, the constitutional rules aimed at regulating the capital, labor, raw material and technology of the firm are highlighted and analyzed here. Under the second aspect, there are constitutional rules that organize the market environment in which the firm launches its products and services. In this aspects, this work addresses the constitutional norms that establishes the basis of free functioning of the market, such as competition and free enterprise. Meanwhile, this analysis of the firm and its regulation in the Constitution of 1988 needs to be complemented with reflections on the structure of risk in the exercise of business activity, and the legal forms of liability for this risk, embodied in the forms of business partnership most widely used.

Keywords: Firm. Federal Constitution 1988. Economic analysis of Law.

Resumen: La Constitución Brasileña de 1988 se preocupó por la regulación jurídica de la empresa bajo sus dos aspectos fundamentales, que son su estructura económica y el ambiente en el cual ella existe y funciona. En el primer aspecto existen las normas que disciplinan los factores de producción que, una vez organizados, constituyen el modo empresarial de actuación.

Se destacan y son analizadas aquí, por lo tanto, las normas constitucionales orientadas a la regulación del capital, del trabajo, de la materia prima y de la tecnología. Bajo el segundo aspecto están las normas constitucionales que organizan el mercado, ambiente en el cual la empresa lanza los productos y servicios por ella generados. En este punto son abordadas las normas constitucionales que establecen las bases del libre funcionamiento del mercado, como la competencia y la libre iniciativa. Por otro lado, es preciso complementar el análisis de la empresa y su regulación en la Constitución Federal de 1988 con ponderaciones sobre la estructura del riesgo en el ejercicio de la actividad empresarial y las formas jurídicas de limitación de este riesgo, corporificadas en las modalidades de sociedades empresariales de mayor utilización.

Palabras clave: Empresa. Constitución Federal de 1988. Análisis Económico del Derecho.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é apontar e analisar a interação entre uma realidade eminentemente jurídica (a Constituição) e outras essencialmente econômicas (a empresa e o mercado), tomando por referência a Constituição brasileira de 1988.

O texto pretende também demonstrar a mútua influência entre o Direito e a Economia na medida em que aquele procura reger a ação da empresa no mercado e esta, por sua vez, inspira a criação de normas jurídicas constitucionais.

O primeiro tópico do texto cuida da empresa e do mercado como realidades econômicas; a segunda aborda o regime jurídico da empresa; e a terceira, por fim, analisa as bases do regime jurídico da empresa na Constituição Federal.

A ANÁLISE ECONÔMICA DA EMPRESA E DO MERCADO

A empresa é uma realidade cuja definição ainda é, tanto no campo econômico² quanto - e talvez até mais - na seara jurídica, cercada por vários debates e incertezas.

Isto, porém, não impede que se apontem, com relativa segurança, algumas características fundamentais desta que é, indubitavelmente, um dos mais importantes elementos sobre os quais está baseado o atual sistema econômico.

Historicamente, o surgimento da empresa como forma de atuação econômica remete especialmente ao Século XVIII, quando a economia feudal (basicamente agrícola e artesanal) é definitivamente preterida por outro modelo, de feição capitalista e empresarial.

Esta significativa mudança está ligada à conjunção de diversos fatores que contribuíram, cada um a seu modo, para a profunda alteração na forma pela qual as pessoas passaram a produzir ou fazer circular bens e serviços.

As inovações tecnológicas da época - por exemplo, a máquina a vapor - acrescentaram à atividade produtiva aspectos até então desconhecidos e que permitiram aos agentes econômicos a otimização e a transformação dos recursos naturais disponíveis (matéria-prima) de modo sistemático e em escala até então nunca vista. A produção de bens torna-se, então, eminentemente manufatureira e não mais apenas artesanal e agrícola, como no período medieval.

A efetiva organização de sistema bancário e de crédito permitiu, a seu turno, maior e mais fácil acesso ao capital àqueles indivíduos que pretendiam dedicar-se à atividade produtiva. Aumentou-se, com isso, o potencial produtivo dos empreendedores e sua capacidade de agrupamento de matérias-primas, tecnologia e trabalho.

A divisão do trabalho, por sua vez, permitiu o exponencial crescimento da produção manufatureira de bens³ e revelou outro aspecto constitutivo daquilo

2 HAHN, Frank. General Equilibrium Theory. In: BELL, Daniel; KRISTOL, Irving. **The Crisis in Economic Theory**. New York: Basic Books, 1981. p. 131.

3 Na economia feudal o mesmo artesão em regra cuidava de todo o processo produtivo, desde a extração da matéria-prima até a comercialização do produto final. WILLIAM PETTY

que viria a ser a moderna empresa.

Tem-se, então, a partir deste período histórico - comumente denominado Revolução Industrial -, o nítido surgimento de um modo de produção baseado na organização, por um determinado agente empreendedor, de diferentes elementos (matéria-prima, tecnologia, capital e trabalho) com vistas à geração de bens em quantidades excedentes, destinadas ao consumo de terceiros.

É a esta organização econômica dos fatores de produção - ou insumos - para a produção ou circulação de bens e serviços que se passou a chamar de empresa, realidade sobre a qual se construíram os alicerces da economia capitalista.

Foi já na primeira metade do Século XX que Ronald Coase acrescentou novas e importantes nuances à visão econômica da empresa. Em texto publicado em 1937⁴, Coase explica a empresa a partir do chamado mecanismo de preços.

Segundo ele a empresa é, em essência, uma forma de produção desenvolvida para redução de determinados custos - posteriormente chamados de custos de transação⁵ - que hoje representam importante variável tanto para a Economia quanto também para o Direito.

Em Coase a empresa é tomada como um conjunto de contratos de duração prolongada firmados por um empreendedor com o objetivo de organizar os fatores de produção ou insumos.

Ainda segundo Coase, a forma empresarial - ou verticalizada - de produção é empregada, uma vez que reduz os custos inerentes à obtenção descentralizada

e posteriormente ADAM SMITH foram incisivos ao salientar a importância da divisão do trabalho no processo produtivo como instrumento de ampliação da capacidade econômica da sociedade. Neste sentido, confira: SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. São Paulo: Ed. Hemus, 2003. p. 2 e segs. JORDAN, Thomas E. **Sir William Petty, 1623-1687: the genius entrepreneur of seventeenth-century**. Ireland: Lewiston, 2007.

4 COASE, Ronald. The Nature of the firm. In: COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. The University of Chicago Press. p. 33 a 56. Edição original: ECONOMICA, IV, November 1937, p. 386/405.

5 Custos de transação são, em essência, aquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual. "(...) at the microlevel, transaction costs consist of those costs associated within contracting between private parties." MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law** - from Posner to Post-Modernism. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 131.

- ou horizontal - destes mesmos insumos no mercado.

O texto lança a ideia de custos de transação ao propor que a empresa, como forma verticalizada de exercício da produção ou da distribuição de bens ou serviços, existe em virtude da redução dos custos inerentes à aquisição destes mesmos fatores de produção de forma descentralizada no mercado.

A firm had therefore a role to play in the economic system if it were possible for transactions to be organized within the firm at less costs than would be incurred if the same transactions were carried out through the market. The limit to the size of the firm would be set when the scope of its operations had expanded to the point at which the costs of carrying out the same transactions through the market or another firm.⁶

O mercado é, ao lado da empresa, outra realidade não menos importante no atual contexto econômico.

Há, no campo da Economia, diversas definições de mercado. Particularmente pertinente é aquela que concebe o mercado simplesmente como um grupo de compradores e vendedores de um determinado bem ou serviço⁷.

Nesta perspectiva, são pressupostos de existência do mercado a geração de excedente na produção de bens ou serviços, a existência de mecanismos econômicos e jurídicos que viabilizem a troca na titularidade deles e o objetivo de lucro na realização destas transações.

A empresa tem no mercado seu local de nascimento, sobrevivência e crescimento. É no mercado que a empresa transaciona com os bens e serviços que produz e proporciona, ao seu titular, o lucro por ele objetivado.

A liberdade de mercado implica a existência de um ambiente econômico e jurídico, no qual tanto a produção quanto a troca e o consumo são livremente definidos pelos agentes deste mercado.

6 COASE, Ronald. The Nature of the Firm: meaning. In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Ed.). **The Nature of the firm**: origins, evolution and development. Oxford University Press. 1993. p. 48.

7 MANKIWI. Gregory. **Principles of Economics**. 3th edition. Thomson Learning, 2005. p. 64.

Portanto a liberdade dos agentes econômicos decidirem sobre o quê, quanto, quando, onde e como produzir, trocar ou consumir bens e serviços está essencialmente vinculado à existência e à preservação do mercado.

Resta claro, por outro lado, que tanto a empresa quanto o mercado, realidades originalmente econômicas, não podem ou devem ficar à margem da regulação jurídica.

A existência da empresa e do próprio mercado livre depende da intervenção normativa sobre o funcionamento deles, de modo a corrigir suas inevitáveis falhas⁸ e moldar-lhes o exercício conforme os valores prevalentes à época.

A EMPRESA E O DIREITO

Boa parte do ordenamento jurídico – em especial no que hoje constitui o Direito Empresarial - é estruturada a partir de interesses ou valores de natureza econômica. Por outro lado, o funcionamento da economia é limitado e direcionado por normas jurídicas⁹.

A empresa e o mercado são, como apontado, realidades originalmente econômicas que, entretanto, acabaram por ser juridicamente disciplinadas em sua constituição e funcionamento.

O conjunto de normas erigido inicialmente para a disciplina da atividade comercial e daqueles que a ela se dedicavam – o Direito do Comércio ou simplesmente Direito Comercial – é, como se sabe, de origem medieval e consuetudinária.

Trata-se de um ramo do Direito cuja criação e evolução se deram paralelamente ao modo de produção empresarial e capitalista, sendo, neste sentido, especialmente atrelado, em seus institutos fundamentais, a valores e interesses de ordem econômica.

8 Sobre as chamadas “falhas de mercado”: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5th edition. The Addison-Wesley series in Economics. Pearson Education Inc. 2008. p. 43 e segs.

9 WEBER, Max. **Law in Economy and Society**. New York: Simon and Schuster, 1954. p. 50 e segs.

A constituição de um direito comercial especial decorre historicamente das exigências daquela economia capitalística que, surgida com a burguesia das cidades italianas e com características bem diversos dos até então tradicionais, foi progressivamente renovando com espírito de racionalização, de risco, de livre concorrência, e de livre iniciativa a constituição econômica. (...)

Coaduna-se, destarte, o direito comercial no terreno da economia, não com determinada atividade econômica, mas com determinado sistema de economia, encontrando no aparecimento e desenvolvimento deste sistema a explicação da sua constituição como direito especial e do seu desenvolvimento.

Apresenta-se, por isso, o direito comercial, historicamente ligado nas suas origens, com a econômica capitalística que, por seu turno, historicamente se liga à constituição da econômica de massa; apresentam-se, hoje, muitos institutos do direito comercial uma correlação geral com a economia de massa constituindo o instrumento jurídico desta¹⁰.

Dentre importantes referências da evolução no regime jurídico da atividade econômica vale, por exemplo, citar os títulos de crédito, as sociedades anônimas (datadas ainda do Sec. XVII) e as sociedades de responsabilidade limitada (de origem no final do Sec. XIX na Alemanha), o que comprova a nítida influência da economia na configuração de institutos jurídicos¹¹ e a correlata intervenção das normas sobre o funcionamento do sistema econômico.

Com a supremacia da organização empresarial sobre a ordem econômica feudal (artesanal, agrícola e comercial), o regime jurídico, originalmente criado para a disciplina das atividades de intermediação – comerciais –, foi aos poucos sendo ampliado para abarcar outras atividades de feição empresarial.

É do início do Século XX a positivação da empresa como objeto das normas até então atinentes à disciplina da atividade comercial. Neste sentido, são

10 ASCARELLI, Tullio. **Panorama de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva Livraria Acadêmica, 1947. p. 46/47. No mesmo sentido: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

11 Sobre a direta influência da organização econômica capitalista e empresarial na organização do sistema jurídico, veja-se, por exemplo, o aprofundado (e já centenário) estudo de Clóvis Bevilacqua. BEVILACQUA, Clóvis. **Estudos de Direito e Economia Política**. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier Editor, 1902. p. 91 e segs.

especialmente marcantes o Código Comercial Alemão de 1897 e, por sua direta influência sobre o direito brasileiro, o Código Italiano de 1942.

A empresa, categoria essencialmente econômica, passa, a partir de então, a ser objeto de um corpo organizado e sistematizado de normas jurídicas especialmente voltadas para a regulação de sua existência e funcionamento. Trata-se do que hoje se chama de Direito da Empresa.

Se a empresa é uma realidade econômica, o Direito da Empresa é, como regime jurídico daquela, uma realidade normativa. São as normas que disciplinam o exercício das atividades de natureza empresária.

No direito brasileiro a empresa foi positivada como objeto de um regime jurídico próprio com a entrada em vigor do Código Civil, em 2003.

Em seu Livro II, o Código estabelece as normas fundamentais do Direito da Empresa e também a caracteriza, ainda que indiretamente, em seus artigos 966 (que define a figura do empresário) e 1.142 (o qual se refere ao estabelecimento).

O regime jurídico da empresa no direito brasileiro não está, porém, adstrito ao Código Civil. Ao contrário, os principais institutos jurídicos de direito empresarial encontram-se disciplinados em legislação própria, apartada do Código.

São, por exemplo, os casos da Sociedade Anônima (Lei n. 6.404/76), do Mercado de Capitais (Lei n. 6.385/76), da falência e da recuperação de empresas (Lei n. 11.101/05) e da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96).

Fundamental lembrar, ainda no que tange ao regime jurídico da empresa, que se encontra expresso no texto Constitucional todo um complexo de normas programáticas destinado à organização jurídica da empresa, tanto no que diz respeito ao seu aspecto estritamente constitutivo (como organização dos fatores de produção) quanto em relação ao ambiente no qual ela nasce, existe e se desenvolve (o mercado).

A REGULAÇÃO DA EMPRESA E DO MERCADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 dedicou-se expressamente à fixação dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (arts. 170 a 181), inserindo-se no contexto histórico iniciado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar, em 1919.

Como salientado, há na Constituição brasileira normas voltadas para a proteção e garantia do eficiente funcionamento do livre mercado e da empresa privada. Tais dispositivos, essencialmente programáticos¹², conformam a legislação ordinária e também a leitura e a interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Assim, a análise econômica do Direito da Empresa na Constituição Federal de 1988 passa por normas regentes da organização dos fatores de produção (matéria-prima, capital, trabalho e tecnologia) e também por normas destinadas à disciplina do funcionamento do ambiente de troca dos bens e dos serviços produzidos (o mercado).

O art. 170 da Carta de 1988 está indubitavelmente no centro das normas constitucionais acerca da empresa e do mercado. É, portanto, o ponto inicial da análise aqui pretendida.

Esta constatação, porém, não exclui a pertinência e a importância de outras normas constitucionais para a disciplina da empresa e do mercado.

NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EMPRESA

Os primeiros – e talvez mais importantes – dispositivos constitucionais ligados à organização da empresa estão nas referências à predominância do exercício privado das atividades econômicas em geral (art. 173) e da propriedade privada dos fatores de produção (arts. 5º *caput*, XXII e 170, II).

12 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. p. 197.

Há exceções a esta orientação constitucional - como no art. 177 – e elas devem receber, como ocorre com as situações excepcionais em geral, restritiva interpretação.

Não é, desta forma, admissível qualquer referência a outra forma de estruturação econômica no Brasil que não aquela baseada no exercício privado da atividade empresarial e no livre mercado.

A propriedade privada dos fatores de produção e sua utilização estão constitucionalmente vinculadas à preservação de sua função social (art. 5º, XXIII e art. 170, III), da qual decorre, no específico ambiente empresarial, a chamada função social da empresa¹³.

Trata-se de diretriz constitucional estabelecida com o objetivo de obrigar o legislador ordinário quando a jurisprudência a criar ou fazer implementar mecanismos jurídicos destinados a permitir que a organização empresarial possa exercer de forma economicamente eficiente sua função de produzir ou fazer circular bens e serviços.

O cumprimento e observância da função social da empresa não são um ônus a ela imposto, mas sim uma obrigatória preocupação a ser respeitada por todo o ordenamento jurídico e também por aqueles diversos grupos de interesses mais ou menos organizados em torno dela.

O princípio de preservação da empresa e de sua função social encontra-se corporificado ao longo de toda a legislação ordinária atinente a ela, como é o caso da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), da Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei n.11.101/05) e do Código da Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96).

Ainda no que tange à empresa como organização dos fatores de produção, nota-se que cada um destes insumos recebe, no texto constitucional, tratamento específico.

13 Sobre o tema: MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **Princípios Constitucionais de Direito Empresarial: A função social da empresa.** Curitiba: Editora CRV, 2011. p. 57 e segs.

Chama-se de matéria-prima o fator de produção representado pelos recursos economicamente mensuráveis diretamente extraídos da natureza e que, em função do trabalho e da tecnologia, serão manufaturados e colocados no mercado.

Como algo extraído diretamente da natureza, o uso empresarial deste insumo conflita diretamente com a necessidade de preservação do Meio Ambiente, razão pela qual são de particular relevância os dispositivos do art. 170, VI (que exige a defesa dos recursos naturais) e 225 da Constituição Federal de 1988.

O fator trabalho, a seu turno, encontra-se constitucionalmente abarcado pela previsão de sua valorização como fundamento e princípio geral da República (art. 1º IV e art. 170 *caput*), da busca pelo pleno emprego (art. 170 VIII) e da participação dos empregados na gestão e nos lucros da empresa (art. 7º XI)¹⁴.

O fator de produção tecnologia também recebe proteção constitucional específica quando o art. 5º XXIX estabelece a obrigatória proteção às criações intelectuais de natureza industrial em geral e, paralelamente, estabelece limites temporais na utilização econômica das patentes¹⁵.

Também há proteção constitucional à tecnologia, como fator de produção, quando a Constituição estabelece e prevê em seu art. 218 o incentivo à ciência e à tecnologia.

Já o fator capital encontra-se abarcado pelo texto constitucional tanto na referência à regulação do sistema financeiro nacional (art. 192) quanto no que tange à previsão de regramento, com base no interesse nacional, de investimentos de capital estrangeiro e remessa de lucros para o exterior (art. 172)¹⁶.

14 Já a legislação empresarial ordinária remete a tais previsões quando, por exemplo, incentiva a dissociação entre propriedade e gestão na empresa de grande porte, além da adoção de práticas de governança corporativa.

15 No sentido de dar efetividade a este preceito constitucional apresenta-se a Lei n. 9.279/96, também chamada de Código da Propriedade Industrial, que se incumbe de regular o exercício de direitos de propriedade inerentes às invenções, aos modelos de utilidade, aos desenhos industriais e às marcas.

16 A legislação ordinária, em consonância com tais diretrizes constitucionais, regula o funcionamento do mercado financeiro e do mercado de capitais por meio de diversos e extremamente detalhados dispositivos e organismos como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil.

NORMAS CONSTITUCIONAIS E O MERCADO

Como salientado, a Constituição Federal de 1988 estabelece diretrizes voltadas também para o eficiente funcionamento do mercado, de forma a viabilizar o pleno exercício privado da atividade empresarial.

A ideia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócioeconômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.¹⁷

Há alguns pressupostos econômicos inerentes ao eficiente funcionamento do mercado. Cabe ao Direito procurar, se pretende preservar a empresa e o mercado, resguardá-los.

O primeiro deles está na previsão de livre acesso ao mercado. É claro que o acesso ao mercado não se consagra efetivamente apenas com sua previsão normativa. Sem esta, entretanto, comprometido fica este verdadeiro postulado de existência do mercado como realidade econômica e jurídica.

Há, na Constituição Federal, vários dispositivos que direta ou indiretamente procuram proteger e incentivar o livre acesso ao mercado. Neste sentido o texto do art. 5º, que estabelece a igualdade de todos perante a Lei, a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e a liberdade de associação.

Fundamental também lembrar a liberdade de iniciativa e de exercício de qualquer atividade econômica de finalidade lucrativa, previstas no art. 170 como princípios fundamentais da ordem econômica nacional.

Aplicando tais preceitos à empresa nota-se que, em essência, tratam-se todos de normas destinadas a garantir o que em uma única expressão pode ser chamado

17 FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial** – as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

de “liberdade de empresariar”¹⁸, conferida indistintamente a todos.

O acesso ao mercado também é constitucionalmente tutelado quando se estabelecem a livre concorrência (art. 170), a repressão ao abuso de poder econômico e à dominação do mercado (art. 173), assim como outras diretrizes fundamentais do ordenamento pátrio.

A legislação ordinária, neste aspecto, procura dar efetiva regulação a tais princípios quando, por exemplo, disciplina a livre concorrência e as diversas formas jurídicas de exercício da atividade empresarial, seja como pessoa física (o empresário individual) ou por meio da criação de pessoas jurídicas (as sociedades empresárias).

Pode-se ainda, com relativa tranquilidade, inserir no estudo das normas constitucionais garantidoras do acesso ao mercado a previsão de regime jurídico diferenciado para as micros e pequenas empresas (art. 170 IX e art. 179).

Tal disposição, hoje corporificada no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar n.123/2006), parte da correta premissa de que a efetiva implementação do livre acesso ao mercado passa pelo reconhecimento de que os agentes empresariais somente poderão sobreviver e se manter no mercado se tratados legalmente de acordo com sua capacidade econômica.

A disciplina jurídica do mercado passa, por outro lado, pela tutela não só da produção ou da distribuição de bens e serviços como igualmente pela regência de seu consumo.

O mercado, como já apontado, consubstancia-se no sistema de trocas de bens e serviços produzidos em excedente pelas empresas e destinados ao consumo de terceiros. Portanto o mercado engloba não só a liberdade de empresariar, mas também a liberdade de consumir os bens e os serviços disponíveis.

Neste sentido, afigura-se fundamental para a eficiência do mercado a defesa dos direitos do consumidor, preocupação consagrada em diferentes pontos do texto constitucional (art. 5º XXXII, art. 170 V)¹⁹.

18 BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45.

19 A legislação ordinária mais uma vez vem regular tal diretriz constitucional na forma da Lei n. 8.078/90 (o Código de Defesa do Consumidor).

Demonstra-se, então, que a Constituição Federal de 1988 abarca e procura tutelar o mercado em ambos os polos que o compõem - produtores e consumidores – independentemente do bem ou do serviço produzido.

Resta ainda lembrar que o Direito tem papel fundamental também na regulação dos mecanismos destinados a permitir a transferência na titularidade de bens e serviços disponíveis no mercado.

É especialmente importante, desta forma, a eficiente disciplina legal tanto dos direitos de propriedade quanto do contrato, elemento fundamental para a própria existência do mercado como realidade econômica e jurídica.

Nesse sentido, a função social da concorrência, do contrato e da propriedade está relacionada, em um sistema econômico capitalista, à operabilidade do mercado. Com efeito, se o mercado joga importante papel na sociedade, quanto melhor o seu desempenho, maior a função social do Direito²⁰.

Embora não haja especificamente maior referência ao contrato no texto constitucional, deve este instituto ser regulado e interpretado conforme sua função econômica em um sistema que, conforme já salientado, funda-se na empresa privada e no livre funcionamento do mercado.

A eficiência do mercado e da atividade empresarial é, portanto, constitucionalmente protegida e, neste sentido, elemento conformador da análise doutrinária ou jurisprudencial que se pretenda fazer sobre normas ou condutas privadas.

AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Em seu Livro II, o Código Civil de 2002 dedica-se a cuidar do que chama “Direito de Empresa”, o qual nada mais é do que o regime jurídico privado especialmente

20 TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 91.

elaborado para disciplinar os atos vinculados à empresa.

O direito positivo brasileiro adota expressamente (art. 966, *caput* do Código Civil) o conceito de empresa como elemento balizador e distintivo do campo de incidência das normas de direito privado.

No Direito brasileiro, porém, a definição de empresa agrega outros elementos que, a rigor, são irrelevantes do ponto de vista econômico. Deste modo, nem tudo o que pode ser considerado empresa para a Economia é, no Direito, objeto das normas especiais componentes do Direito de Empresa.

Determinadas atividades econômicas, embora organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços e com nítido intuito lucrativo, estão apartadas da ideia de empresa consagrada na legislação brasileira. Tais atividades econômicas encontram-se no parágrafo único do já mencionado art. 966 do Código Civil de 2002.

Tem-se então que qualquer pessoa física ou jurídica que desenvolva profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, terá sua atividade apartada das normas do Direito de Empresa, ainda que pratique tal atividade com intuito lucrativo e de forma economicamente organizada.

São, regra geral, atividades nas quais há um vínculo essencial entre o adquirente do serviço e os atributos profissionais e pessoais que acompanham a pessoa que irá prestá-lo.

As atividades intelectuais, artísticas, científicas ou literárias podem ser prestadas de forma empresarialmente organizada e certamente apresentam, hoje, intuito lucrativo. Seriam então, sob um enfoque econômico, exemplos de empresas.

Foram, porém, apartadas da definição jurídica de empresa (e, por consequência, do âmbito de incidência das normas de Direito Empresarial) face ao caráter personalíssimo que se lhes costuma acompanhar²¹.

21 A orientação da legislação brasileira pode ser comprovada, pois se as atividades de feição personalíssima perdem este caráter, em virtude da prevalência da organização econômica dada aos fatores de produção, a solução legal é diferente.

Segundo os termos do art. 966 par. único do Código Civil, se as atividades intelectuais, artísticas, científicas ou literárias se constituem em "elemento de empresa", o sujeito que

Outro ponto de contraste entre a aproximação econômica e a definição jurídica de empresa no direito brasileiro está no art. 971 do Código Civil de 2002, que define o empresário rural e seu regime jurídico.

Se analisado o tema apenas face à aproximação econômica e à literalidade do *caput* do art. 966 do Código Civil, não há dúvidas de que a pessoa física ou jurídica voltada profissionalmente para a atividade agrária exerce uma “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, ou seja, é um exemplo de empresário.

Porém, de acordo com o Código Civil, estes profissionais somente se sujeitarão às normas concernentes ao Direito de Empresa se formalizarem seu registro perante a Junta Comercial de sua sede.

Conclui-se, portanto, que os empresários rurais passam a representar categoria profissional cujo regime jurídico é definido não pelo objeto de sua atividade, mas sim pelo local onde forem arquivados seus atos constitutivos (Junta Comercial ou Cartório civil).

Há, no direito brasileiro, duas espécies de empresários. Um deles é o empresário individual, a pessoa física que, em seu próprio nome, exerce a empresa com intuito lucrativo e profissional.

O outro é o chamado empresário pessoa jurídica, que pode se constituir sob a forma de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI, art. 980-A do Código Civil) ou segundo um dos tipos de sociedades empresárias, que são o agrupamento de duas ou mais pessoas interessadas em exercer a empresa sob o nome, conta e risco de uma pessoa jurídica.

as exerce passa a se submeter ao regime jurídico empresarial. A sociedade que tenha por objeto atividade de natureza não empresarial é, nos termos do art. 982 do Código Civil, chamada de Sociedade Simples. Ela se contrapõe às Sociedades Empresárias, que, como o nome indica, são constituídas para exercício da empresa.

DIREITO SOCIETÁRIO E RISCO: A LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A empresa é essencialmente uma atividade de risco econômico. Embora seja desnecessário descer a maiores explicações sobre esta afirmação, dada sua notória comprovação, ela é importante, pois é a partir deste postulado fático e jurídico que se pode construir o raciocínio a ser exposto.

O risco de insucesso inerente à empresa significa, patrimonialmente falando, a obrigação de que o agente econômico dedicado a esta atividade - o empresário - responda, com seu patrimônio, pelas obrigações assumidas em função e em decorrência deste exercício.

Este risco é contrabalançado, por outro lado, pela potencialmente ilimitada perspectiva de ganhos financeiros em decorrência do exercício da empresa.

Face à constatação de que as pessoas são contrárias a riscos, reagem aos incentivos que lhe são oferecidos e, diante da indispensável função que o empresário tem em uma economia de mercado foram, ao longo do tempo, desenvolvidos e aperfeiçoados diferentes instrumentos destinados a minimizar o risco da empresa e incentivar seu exercício.

A sociedade é, dentre as pessoas jurídicas de direito privado, aquela que pode ser destinada ao exercício de atividade de natureza empresarial. Trata-se, portanto, do empresário coletivo, em contraponto aos modelos de exercício individual da empresa.

O termo sociedade, porém, não limita seu significado, no direito privado em geral e também no direito empresarial em particular, à noção de pessoa jurídica.

Ao contrário, a sociedade é, originalmente, concebida como acordo de vontades entre duas ou mais pessoas para a execução de atividade comum e partilha dos resultados financeiros daí advindos (art. 981 do Código Civil).

Desta original feição contratual, a sociedade evoluiu, no direito privado brasileiro em geral, para a condição de pessoa jurídica na medida em que, com

a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 1916, tal acordo de vontades adquiriu o poder de resultar na criação de um novo sujeito de direito.

Desta forma a sociedade passa, em nosso ordenamento de origem essencialmente romana, de relação jurídica contratual para, sem deixar de lado tal essência, ser concebida como sujeito de direito apto, se devidamente registrado (art. 985 do Código Civil), a contrair direitos e obrigações próprias.

Ainda hoje, porém, a relação entre sociedade e pessoa jurídica não é essencial, já que existem sociedades que não são pessoas jurídicas e também pessoas jurídicas de direito privado que não são sociedades²².

O que se pretende salientar é que, ao se reduzir a figura da pessoa jurídica no direito empresarial a mera decorrência possível do acordo de vontades sobre o qual se funda a sociedade, estar-se-á abdicando da análise mais significativa deste instituto.

A pessoa jurídica no direito empresarial é hoje, antes de qualquer coisa, um elemento de limitação do risco econômico inerente à empresa. Em uma sociedade empresária, a personificação decorrente do registro do contrato social é não uma finalidade abstrata, mas ato com a função econômica concreta de proporcionar aos participantes do empreendimento comum a possibilidade de anteverem, planejarem e, principalmente, restringirem – com a responsabilidade limitada do sócio - o risco patrimonial de cada um deles.²³

Richard Posner aponta importante consequência decorrente da regra societária de responsabilidade limitada do sócio. Segundo ele, a responsabilidade limitada do sócio é uma forma de externalizar²⁴ as perdas decorrentes do possível insucesso

22 São sociedades não personificadas as sociedades em comum (art. 986 a 990 do Código Civil) e as sociedades em conta de participação (art. 991 a 996 do Código Civil). Já as pessoas jurídicas de direito privado sem natureza de sociedade são as fundações, as associações e as empresas individuais de responsabilidade limitada (art. 44 do Código Civil).

23 "Limited liability means only that those who contribute equity capital to a firm risk no more than their initial investments – it is an attribute of the investment rather than of the corporation." EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The Corporate Contract*. In: BEBCHUCK, Lucien Arye. (Coord.). **Corporate Law and Economic Analysis**. Cambridge: University Press. 2005. p. 191.

24 Externalidade é, em síntese, a consequência que o ato de uma pessoa física ou jurídica provoca sobre os direitos de terceiros, naqueles casos em que não o agente, mas os terceiros afetados pelo ato em questão arcam com os custos advindos desta conduta ou auferem os ganhos dela decorrentes.

econômico da atividade empresarial.

Isto significa que os custos decorrentes da insolvência da sociedade personificada não são suportados apenas pelo patrimônio dos empreendedores (sócios), mas também pelos credores (voluntários e involuntários) da pessoa jurídica, que, por não poderem ir aos bens particulares dos sócios para receber seus créditos, e diante da insolvência da sociedade, suportarão parte dos custos deste fracasso²⁵.

Fácil concluir, portanto, que os modelos societários que oferecem a todos os seus sócios o direito de limitar o risco de perda patrimonial em virtude do exercício da empresa são, na prática, os únicos efetivamente usados.

A Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima são as duas espécies societárias com o atributo da responsabilidade limitada para todos os seus integrantes²⁶ e

Quando o ato praticado provoca um efeito negativo sobre os direitos de terceiros e estes efeitos negativos são custeados por eles, fala-se em externalidade negativa. Quando, ao contrário, o ato praticado provoca um efeito positivo sobre os direitos de terceiros e estes ganhos não são custeados por eles, verifica-se uma externalidade positiva.

Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. MANKIWI, Gregory. **Introdução à Economia**. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005. p. 204.

A poluição emitida em decorrência da atividade empresarial é um genuíno exemplo de externalidade negativa. Quando não preocupadas em conter o nível de poluição por elas produzido, as organizações empresariais não gastam nada com a contenção desta poluição, mas, por outro lado, provocam com sua ação poluidora graves danos ambientais, que são suportados por toda a sociedade. É um custo social da atividade produtiva, que diminui o dispêndio com a produção dos bens, mas socializa os danos poluentes.

Externalidade positiva, por outro lado, ocorre quando uma conduta específica provoca um ganho para terceiros sem que estes tenham que arcar com os custos decorrentes deste ato. Quando, por exemplo, um supermercado reforma as vias públicas que levam ao seu estabelecimento, este ato provoca um ganho para a coletividade em geral (que passa a desfrutar de maior conforto), mas seus custos são suportados exclusivamente pela sociedade empresária em questão, que o faz em atenção a seus interesses particulares, mas inevitavelmente provoca um ganho para toda a sociedade.

25 POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 424 e segs.

26 A realidade do ordenamento jurídico brasileiro aponta um significativo aumento das hipóteses em que se relativiza, em favor dos credores, a regra da limitação na responsabilidade limitada dos sócios.

Como demonstrado por Bruno Meyerhof Salama (SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia**. Malheiros Editores. São Paulo. 2014), débitos de diferentes naturezas (fiscais, trabalhistas ou decorrente de relação de consumo, em especial) são hoje, seja por previsão legal ou, pior, por orientação juris-

que, na prática, revestem juridicamente o exercício coletivo da empresa.

A SOCIEDADE LIMITADA E A SOCIEDADE ANÔNIMA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA E COMPARATIVA DE SEU REGIME JURÍDICO

Entre todas as modalidades de sociedades hoje disciplinadas pela legislação brasileira, a Sociedade Limitada é aquela de origem mais recente e cercada das mais significativas particularidades.

Os tipos societários atuais têm, em regra, a mesma origem de vários dos fundamentais institutos de Direito Empresarial. São historicamente o resultado das práticas reiteradas dos comerciantes medievais que, posteriormente e de forma gradual, alcançaram a legislação positiva, à medida que se consagraram por sua grande adequação ao tráfico mercantil²⁷.

Assim, espécies societárias, como a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples e a sociedade em conta de participação remetem ao período histórico em que o ainda incipiente “direito dos comerciantes” era basicamente

prudencial, estendidos ao patrimônio dos integrantes de sociedades com previsão legal de responsabilidade limitada para seus sócios.

Por outro lado, a mitigação dos requisitos originais para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica torna esta situação eminentemente excepcional em constante, levando-a a também servir de fundamento para a relativização ora tratada.

No citado trabalho, Bruno M. Salama demonstra a aqui abordada importância da limitação na responsabilidade dos sócios como fator de incentivo e previsão do risco no exercício da atividade empresarial. Ressalta a sua prevalência em diferentes ordenamentos - das mais diversas origens - e, por fim, enumera as cada vez mais comuns regras e orientações jurisprudenciais que estão a relativizá-la, chegando à conclusão de que apenas as sociedades anônimas com ações negociadas em bolsa ainda podem ser consideradas, mesmo que não de forma absoluta, como dotadas de tal atributo.

O alcance do patrimônio pessoal dos sócios de responsabilidade limitada por débitos da pessoa jurídica rompe com a previsibilidade dos custos e dos benefícios de se empreender, uma vez que os agentes não são capazes de antever o grau de risco econômico que assumem no exercício da empresa. Tal rompimento gera insegurança jurídica e, por consequência, compromete o eficiente funcionamento do mercado de bens e serviço.

Desta forma, há que se restringir as hipóteses de exceção à limitação na responsabilidade dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica e, principalmente, admitir-se sua aplicação apenas nas situações expressamente previstas em lei.

27 ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. p. 24 e segs.

um conjunto mais ou menos ordenado de usos e costumes adotados à margem da legislação estatal.

Eram, em essência, práticas destinadas a atender às necessidades de um mercado em expansão e que, pela correspondência aos interesses dos agentes econômicos, ganharam muito posteriormente a legislação positiva.

Tais constatações se aplicam mesmo às sociedades por ações. Sua origem é remota e, como salientado, resulta de paulatinas etapas evolutivas decorrentes, em regra, de usos e costumes.

Já no Séc. XII é possível apontar o surgimento, em Florença, de certo empreendimento familiar denominado “compagnia”, o qual, após sucessivas transformações, resultaria no modelo que, a partir do Séc. XV, apresentou-se com as características básicas das atuais sociedades anônimas.²⁸

A Companhia Holandesa das Índias Orientais, instituída em 1602, é tida como o primeiro exemplo genuíno desta espécie associativa na evolução histórica do Direito Empresarial,²⁹ sendo ainda o resultado da evolução destas anteriores modalidades de agrupamentos consuetudinariamente empregados por aqueles que pretendiam empreender juntos³⁰.

A origem das Sociedades Limitadas, porém, segue um caminho inverso. Se, como demonstrado, as outras espécies de sociedades foram inicialmente concebidas pelas práticas do incipiente mercado medieval e apenas posteriormente reguladas pela legislação, as Sociedades Limitadas partiram, por assim dizer, da legislação para o mercado.

28 “The word *compagnia* is a compound of the two Latin words (*cum* and *panis*) meaning “breaking bread together”. MICKLETHAWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **The Company**: a short history of a revolutionary idea. London: Modern Library, 2012. p. 21 e segs.

29 GOWER, L.C.B. **Gower’s Principles of Modern Company Law**. London: Sweet & Maxwell, 1992. p. 21. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2001. p. 452.

30 Certo também concluir que, desde sua origem, a sociedade anônima é uma criação estruturada para agregar grande quantidade de pessoas e capitais, de modo a viabilizar grandes empreendimentos econômicos. Em decorrência disso, este tipo de sociedade está, em regra, sujeito a rígidas exigências de constituição, tanto que originalmente dependia de expressa e específica autorização do soberano. MICKLETHAWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **The Company**: a short history of a revolutionary idea. London: Modern Library, 2012. P. 46 e segs.

Este modelo societário é criação de uma legislação específica. Não se afigura, portanto, como um instituto desenvolvido no campo das relações comerciais. Trata-se, em sentido oposto, de um modelo societário criado em um contexto histórico determinado e por meio de normas gerais e abstratas com o intuito de atender, antes de qualquer coisa, à eficiência do Direito.

A Sociedade Limitada foi instituída pela lei alemã de 1892, de iniciativa do deputado Oechelhaeuser. A Alemanha vivia, à época, forte crise econômica e havia então grande interesse e necessidade de se estabelecer incentivos àqueles que pudessem se dedicar à atividade empresarial.

Faltava, porém, um modelo de sociedade adequado aos empreendedores de pequeno e médio porte. As Sociedades Anônimas não lhes atendiam, dados a extremada formalidade e rigor da legislação, algo mais adequado às grandes aglomerações de acionistas.

Também as demais sociedades então conhecidas não eram economicamente eficientes pois, se por um lado eram disciplinadas por uma legislação menos onerosa, por outro exigiam a presença de ao menos um integrante disposto a assumir a responsabilidade pessoal e ilimitada pelos débitos vinculados ao exercício da atividade empresarial.

Faltava, então, um modelo societário que fundisse o que houvesse de mais adequado em cada uma das espécies até então conhecidas, ou seja: uma sociedade que fosse tão simples de se constituir como as sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada e que também garantisse a todos os seus integrantes o que até então era privilégio dos acionistas: a efetiva separação entre o patrimônio pessoal dos sócios e os débitos contraídos em nome da pessoa jurídica.

O sucesso da então recém-instituída sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit Beschränkter Haftung*, ou simplesmente *GmbH*) alemã foi tão rápido e de proporções tão significativas que provocou a quase imediata adesão de outros ordenamentos à nova espécie societária³¹.

31 Tanto que já em 1906 houve a edição da legislação austríaca; em 1911, a legislação portuguesa e já no ano seguinte, por iniciativa de Herculano Marcos Inglês de Souza, o Brasil se movimentava no sentido de consagrá-la em sua legislação positiva, o que, porém, só veio a ocorrer em 1919, com a edição do Dec. Lei n. 3.708.

A essência das sociedades em geral - e da Sociedade Limitada em particular – está, portanto, no fato de que representa um instrumento jurídico destinado a agrupar diferentes pessoas interessadas em se dedicar conjuntamente e de forma organizada ao exercício de uma atividade de cunho econômico, notadamente de caráter empresarial.

Portanto a relação de sociedade impõe-se como uma situação em que a maximização dos interesses individuais dos agentes econômicos envolvidos depende também das escolhas e dos atos empreendidos pelos demais partícipes.

A maximização dos ganhos da sociedade – e, por consequência, de cada um dos sócios – está na cooperação de todos os contratantes. É, portanto, uma situação apta a ser submetida aos modelos econômicos ligados à Teoria dos Jogos.

Jogos cooperativos ou jogos de cooperação são modelos esquemáticos de conduta que analisam situações em que os agentes maximizam seus próprios interesses particulares quando se dispõem a moldar sua própria ação aos anseios de outrem. A escolha e posterior conduta de um dos contratantes provocam reflexos positivos em relação aos demais³².

Quando um sócio se dispõe a colaborar com parte de seu patrimônio e também com seus esforços pessoais para a realização do objeto social não apenas ele está ganhando com isso, mas também todos os demais sócios. Estes, por sua vez, têm na mútua colaboração e na integralização do capital a estratégia dominante, ou seja, aquela que lhes é mais favorável independentemente da conduta do outro.

Resta lembrar, porém, que o comportamento cooperativo dos sócios existe até o momento em que esta cooperação em torno da sociedade e de seu objeto social é o meio mais eficiente de maximização dos interesses particulares de cada sócio.

Baseada ao mesmo tempo na perenidade de seu objeto, na colaboração mútua e no interesse egoístico de cada sócio, a relação de sociedade - espécie de contrato relacional³³ - encontra em seu caráter incompleto outro fundamental

32 MYERSON, Roger B. **Game Theory**: Analysis of Conflict. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997. OSBORNE, Martin J. **An Introduction to Game Theory**. New York – Oxford: Oxford University Press, 2004.

33 Para aprofundamento nas questões específicas sobre contratos relacionais veja: GOETZ,

fator para sua compreensão e disciplina.

A análise econômica dos contratos deve ser processada a partir de duas premissas diretamente vinculadas. A primeira refere-se à existência dos chamados custos de transação e a segunda diz respeito ao inevitável caráter incompleto dos vínculos firmados.

Custos de transação – ou custos de contratação – representam aquilo que dispenderam ou deixaram de ganhar as partes de um contrato com o objetivo de constituí-lo ou executá-lo. São os custos que os contratantes enfrentam para elaborar, manter e fazer cumprir o contrato.

A importância dos custos de transação se tornou evidente a partir do seminal trabalho de Ronald Coase³⁴ e hoje é fundamental para a análise econômica do Direito, pois, conforme se depreende do denominado Teorema de Coase, quanto maiores forem os custos da transação, menores serão as chances de as partes chegarem a contratar.

Outra noção basilar para o tema é a de incompletude dos contratos. Na elaboração de um vínculo contratual é necessário perceber que as partes tentam, em princípio, prever todas as circunstâncias que podem ocorrer durante a execução do contrato e, ao mesmo tempo, dar-lhes uma solução.

Porém forçoso é também reconhecer que, por diferentes fatores, esta previsão e disciplina invariavelmente se apresentam lacunosas. Daí por que os contratos denominados incompletos³⁵.

Apartadas as sociedades com membros de responsabilidade ilimitada pelos débitos comuns - hoje de utilização extremamente restrita -, ficam aos sócios as alternativas da sociedade anônima e da sociedade limitada. Estes dois tipos societários guardam, porém, inúmeras distinções em sua estrutura e disciplina legal, as quais já se procurou explicar sob diferentes critérios, muitos deles de utilidade e aplicabilidade questionável.

Charles J.; SCOTT, Robert E. **Principles of Relational Contracts**. Virginia Law Review. Vol. 67. n. 6 (Sep. 1981) P. 1089 a 1150.

34 Os mais importantes trabalhos do autor (The Nature of The Firm e The Problem of Social Cost) são encontrados, com valiosos comentários, na seguinte obra: COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: The University of Chicago Press. 1990.

35 BAKER, Scott; KRAWIEC, Kimberly D. **Incomplete Contracts in a Complete Contract World**. Florida State University Law Review, Forthcoming, UNC Legal Studies Research Paper No. 899160. <http://www.ssrn.com>. (site consultado em 21/11/2015).

Inegável, porém, que a sociedade anônima é disciplinada por uma legislação extremamente rígida, detalhada, complexa e que deixa pouquíssimas lacunas em assuntos importantes para serem preenchidas pelos atos constitutivos da sociedade.

O rigor da legislação do anonimato se impõe também na sua aplicação. Assim, vigora na sociedade anônima a estrita legalidade, em termos similares aos encontráveis no âmbito da Administração Pública.

Desta forma, quando a lei das sociedades anônimas prescreve uma conduta aos sócios, aos administradores, aos controladores e aos demais envolvidos com a organização societária, não lhes é permitido adotar conduta diversa. As normas da lei do anonimato são, em sua maioria, de ordem pública.

O fundamento deste perfil de estrita legalidade encontra-se no fato de que esta modalidade societária se destina precipuamente à captação de recursos na comunidade em geral. Sua principal função econômica é captar a poupança popular e canalizá-la para as atividades empresariais.

A rigidez da legislação das sociedades anônimas leva em conta que, ao menos potencialmente, a massa dos acionistas será composta por pessoas que não terão e nem pretenderão ter qualquer contato direto com a gestão do empreendimento (*sleeping partners*). Ao contrário, querem é lucrar ou com a percepção dos dividendos ou com a compra e venda das ações no mercado de valores mobiliários.

Se os acionistas não têm no contato direto com a gestão da companhia a escolha que maximize seus interesses, a legislação deve, sob a premissa de maior austeridade do próprio mercado de valores mobiliários, zelar pela integridade do capital por eles investido.

A Lei das sociedades anônimas (Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976) é complexa e inderrogável também porque pressupõe não haver entre os sócios interação significativa o suficiente para se esperar que possam eles adequadamente regular seus próprios interesses comuns em relação ao empreendimento³⁶.

36 L.C.B GOWER salienta, ao cuidar dos modelos societários anglo-saxônicos, que as *corporations* são mais adequadas às situações em que não há a "confiança mútua" entre os sócios, elemento característico de outras modalidades societárias como as *partnerships* (GOWER.

Além desta falta de direta interação entre os acionistas, outro fator se destaca como fundamento da rigidez e detalhamento desta legislação, qual seja: sociedade anônima ergue-se sobre a perspectiva de ser uma instituição apta a agregar o capital de diferentes perfis de investidores.

Em uma genuína sociedade anônima encontram-se, no quadro de acionistas, pessoas com os mais diversos perfis. Há desde aquele pequeno investidor, que aplica suas economias pessoais no capital das sociedades (normalmente valendo-se da intermediação de instituições financeiras) até aqueles que, profundos conhecedores do mercado acionário e também da gestão do empreendimento - além de muito abastados financeiramente -, acumulam a maioria do capital social.

Incluem-se também neste rol os investidores institucionais – como fundos de pensão e fundos mútuos – e aqueles acionistas interessados nos dividendos ou, como já lembrado, na especulação com a compra e venda de seus papéis.

Radicalmente diferente é o perfil da Sociedade Limitada. Aqui a perspectiva é outra: trata-se de agrupamentos de interesses compostos por um número relativamente pequeno de pessoas que se conheceram e se confiam a ponto de se disporem a contratualmente dar origem à sociedade.

Em função do número potencialmente menor de sócios é também válido pressupor que os quotistas terão um contato direto com o empreendimento e com os seus gestores, o que lhes permite maior simetria de informações na hora de fazer suas escolhas e autorregular seus interesses.

Assimetria de informações entre os quotistas é respaldada também pela observação de que, na sociedade limitada, presume-se considerável uniformidade no perfil de seus integrantes, diferentemente do que se nota na sociedade anônima.

Se dentre os acionistas de uma companhia há desde pessoas que dispõem de irrisório percentual do capital social até investidores institucionais e empreendedores que, com massiva quantidade de ações, ditam praticamente todas as escolhas da sociedade, nas limitadas o que se espera é a comunhão de interesses entre pessoas com similares graus de informação e capacitação técnica.

L.C.B. **Principles of Modern Company Law**. 5th ed. London: Sweet & Maxwell. 1992. p. 5).

De forma inversa ao que se verifica nas companhias, nas sociedades limitadas não há que vigorar a regra da estrita legalidade. Ao contrário, deve-se facultar aos quotistas, em princípio, o poder de autorregular contratualmente seus interesses. A autonomia privada deve prevalecer sobre o caráter tutelar e cogente da lei.³⁷

A concepção e a interpretação das normas sobre a sociedade limitada devem basear-se na possibilidade de livre transação entre os contratantes. O pressuposto é que os sócios são as pessoas mais recomendadas e adequadas à disciplina de seus próprios interesses no contrato de sociedade.

Em se tratando do contrato social da sociedade limitada, tem-se que a legislação brasileira (Código Civil, artigos 1.052 a 1.086) faculta aos agentes a possibilidade de autorregular a maior parte das questões inerentes ao empreendimento comum.

Ciente, porém, de que o contrato social é eminentemente cooperativo, incompleto e sujeito a inúmeras variáveis ao longo de sua implementação, a legislação deve funcionar como uma salvaguarda, fornecendo regras a serem utilizadas para preencher a omissão dos sócios.

O caráter supletivo das normas regentes da sociedade limitada perpassa o texto do Código Civil e se manifesta expressamente em diferentes e fundamentais pontos da relação societária.

A função da legislação é subsidiar o aplicador quando diante de uma lacuna no contrato social, lacuna esta que, como já salientado, decorre da própria essência de um contrato relacional e de longo termo como este.

Assim, ao mesmo tempo em que respeita a autonomia privada dos quotistas – sob as premissas de simetria de informações e da racionalidade na efetivação de suas escolhas –, a legislação, ao servir de socorro ao intérprete no suprimento das inevitáveis lacunas contratuais, dá aos sócios maior segurança por antecipar, em seu texto, qual deverá ser a solução judicial.

37 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. p. 225

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, o mercado e a empresa são, como demonstrado ao longo do texto, realidades socialmente indispensáveis. O ordenamento jurídico brasileiro está organizado a partir do livre exercício privado da atividade econômica.

Livre exercício da empresa não significa, entretanto, ausência de limites jurídicos a esta liberdade. Ao contrário, a regulação jurídica do mercado e da empresa mostra-se expressamente abarcada em diversos e significativos pontos da Constituição Federal de 1988 e também por outros fundamentais institutos disciplinados pela legislação ordinária.

A eficiência do mercado e da atividade empresarial são, portanto, constitucionalmente protegida e, neste sentido, elementos conformadores da análise doutrinária ou jurisprudencial que se pretenda fazer sobre normas ou condutas privadas.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Panorama de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva Livraria Acadêmica, 1947.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2001.

BAKER, Scott; KRAWIEC, Kimberly D. Incomplete Contracts in a Complete Contract World. Florida State University Law Review, Forthcoming, UNC **Legal Studies Research Paper No. 899160**. <http://www.ssrn.com>. 2015.

BEVILACQUA, Clóvis. **Estudos de Direito e Economia Política**. 2. ed. São Paulo: H. Garnier Editor, 1902.

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

COASE, Ronald. The Nature of the firm. In: COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. The University of Chicago Press, 1991.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm: meaning. In: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (Ed.). **The Nature of the firm**: origins, evolution and development. Oxford University Press, 1993.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. The Addison-Wesley series in Economics. 5th edition. Pearson Education Inc., 2008.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. The Corporate Contract. In: BEBCHUCK, Lucien Arye. (Coord.) **Corporate Law and Economic Analysis**. Cambridge University Press, 2005.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial** – as estruturas. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. **Principles of Relational Contracts**. **Virginia Law Review**. Vol. 67. n. 6. Sep. 1981.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GOWER, L.C.B. **Gower's Principles of Modern Company Law**. London: Sweet & Maxwell, 1992.

HAHN, Frank. General Equilibrium Theory. In: BELL, Daniel. KRISTOL, Irving. **The Crisis in Economic Theory**. New York: Basic Books, 1981.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992.

JORDAN, Thomas E. **Sir William Petty, 1623-1687**: the genius entrepreneur of seventeenth-century Ireland. Lewiston, 2007.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **Princípios Constitucionais de Direito Empresarial**: A função social da empresa. Curitiba, Editora CRV, 2011.

MANKIWI, Gregory. **Principles of Economics**. 3th edition. Thomson Learning, 2005.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law** – from Posner to Post-Modernism. New Jersey: Princeton University press, 1999.

MICKLETHAWAIT, John. WOOLDRIDGE, Adrian. **The Company**: a short history of a revolutionary idea. London: Modern Library, 2012.

MYERSON, Roger B. **Game Theory**: Analysis of Conflict. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

OSBORNE, Martin J. **An Introduction to Game Theory**. New York – Oxford: Oxford University Press, 2004.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O fim da responsabilidade limitada no Brasil**: história, direito e economia. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. São Paulo: Ed. Hemus, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WEBER, Max. **Law in Economy and Society**. Simon and Schuster. New York, 1954.

Recebido em: ago/2015

Aprovado em: nov/2015