

# Doutrina

## CODIFICAÇÃO, DECODIFICAÇÃO, RECODIFICAÇÃO: A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

RACHEL SZTAJN

*Introdução. 1. Codificação. 2. Decodificação. 3. Recodificação. 4. Autonomia do direito privado. 5. A empresa no Código Civil Brasileiro. 6. Princípios informadores do Código Civil: 6.1 Norma, conceito e princípio; 6.2 Princípios e atividade de empresa. 7. Empresa e ordem constitucional. 8. Os princípios no Código Civil. 9. Conclusão.*

### Introdução

Qual a lógica dos legisladores que, em 2002, aprovaram a Lei n. 10.406, unificando o direito das obrigações até então disciplinado em dois códigos de direito privado? E, em face de tal unificação, o que explica a manutenção e a aprovação subsequente de leis especiais ou extravagantes?

O vigente Código Civil Brasileiro, baseado em anteprojeto de 1975, vale dizer, elaborado antes da aprovação da Constituição da República de 1988, que, diz-se tem filiação no *Codice Civile* de 1942, não foi nem tão longe quanto este, nem teve alguns cuidados seguidos pelo legislador italiano da época. Por exemplo, a inclusão da atividade empresária na lei civil, não especifica, com clareza, como na Itália, quais são as atividades comerciais, o que dá margem a alguma confusão.

Demais disso, anote-se o significativo lapso temporal que medeia entre a última versão do anteprojeto e a redação final do Código Civil, sem que se atentasse para as significativas mudanças da base social sobre a qual a lei se aplica, o desenvolvimen-

to da economia incluído o agronegócio, com o que deixaram de ser pensados os incentivos corretos para que as fricções sociais fossem reduzidas.

E, como aquela Constituição ampliara não apenas os direitos individuais, mas recepcionou os coletivos, muitos não previstos nos antigos Códigos Civil e Comercial, a edição de leis especiais, que alguns denominam estatutos, deu origem ao que Natalino Irti discute em *L'Età della Decodificazione*, isto é, a criação de microsistemas normativos. Essa proliferação de normas especiais, discutida pelo jurista italiano em publicação de 1978, aborda a questão dos microsistemas, importante transformação no que diz respeito à idéia de códigos, ou seja, a organização sistemática de regras dispondo, de forma compreensiva, sobre o direito ou áreas do direito.

Se o fenômeno da decodificação, tal como apontado por Irti, estiver esgotado, então é provável que outra etapa do processo legiferante esteja em curso, a da recodificação. Em assim sendo, que vantagens há em unificar o direito das obrigações? A especialidade da legislação comer-

cial é preservada desde que disciplinada em normas extravagantes ou microsistemas. Talvez melhor fora manter os dois códigos de direito privado como se dá na expressão maioria dos países da Europa continental. E, no que diz respeito aos princípios fundamentais do Código Civil, será plenamente compatível com o escopo e função, sua aplicação à matéria do Livro II – Do Direito de Empresa?

Essas são algumas questões que o texto procurará responder.

### 1. Codificação

Os modernos códigos são produtos de processo histórico único, impulsionado pela Revolução Francesa de 1789, de que resultou a queda da monarquia absolutista e se alterou o polígono de forças, numa luta de classes na qual a burguesia prevaleceu.

A tomada do poder por Napoleão, porém, em certa medida, correspondeu a um retorno ao *ancien regime* e Napoleão, vitorioso, tratou de encontrar mecanismos legais para controlar as relações entre particulares. Para tanto, nada melhor do que códigos, estruturas normativas completas, claras e que impediam os juízes de fazer leis, eliminar costumes locais e privilégios de classes. Argumento interessante é que a existência de normas únicas representava a certeza e segurança para os agentes ao eliminar o desconhecido, o poder do juiz que não se limitava a aplicar a lei, mas julgava segundo critérios pessoais e classistas. Dos vários códigos aprovados no período napoleônico, dois são os de direito privado: o civil, que entrou em vigor em 1804, e o de comércio, de 1807, ambos com o escopo declarado de reformar o sistema francês de acordo com os princípios da Revolução.

A idéia era ter leis completas, sem lacunas, claras e coerentes. A associação do *Code Civil des Français* ao *Corpus Juris Civilis* de Justiniano resulta de que a estru-

tura e a organização das matérias seguiram aquele modelo.

Esses códigos, ditos de primeira geração, reconhecem direitos individuais, entre os quais a propriedade privada, a apropriação privada dos resultados da atividade econômica, a igualdade, conquanto formal, das pessoas, os cidadãos. Não estranha, pois, que, com base no fim dos privilégios e na clareza das normas legais, outros países europeus e latino-americanos, colônias ou antigas colônias européias, adotassem normas à semelhança daquelas francesas, pois é inegável a importância da idéia de igualdade entre sujeitos, da certeza e segurança de que não haveria privilégios de classe e de que as pessoas, antecipadamente, saberiam quais os efeitos e consequências de suas ações. Diz-se que com a codificação subseqüente à Revolução de 1789 passa-se do *status* ao contrato.

No Brasil, depois da Independência, em 1850, foi aprovada a Lei n. 556, o Código Comercial, assim como os Regulamentos ns. 737 e 738. O Regulamento n. 737, no art. 17, definia as matérias de competência dos Tribunais de Comércio, enquanto que a Lei n. 556/1850, disponha sobre a qualificação do exercente de tal atividade, o comércio, contratos mercantis, a organização das sociedades mercantis, o comércio marítimo, entre outras.

Lembre-se que na elaboração das leis comerciais, tal como fizera Napoleão, colaboraram práticos, operadores comerciais o que, talvez, tenha dado aos textos, a par do pragmatismo, uma flexibilidade que não se imaginaria no sistema codificado e disso é exemplo o art. 121 da lei revogada. Práticas comerciais das diferentes praças, usos e costumes, serviam à interpretação e diria eu, completamento dos contratos mercantis. E, mesmo depois da aprovação do Código Civil de 1916, no que tange a contratos e obrigações, essa lei só seria aplicada, supletivamente, depois dos usos e costumes mercantis na interpretação dos negócios.

Esse texto, de extrema relevância para o exercício de atividades econômicas em que contratos de execução continuada ou de execução diferida são comuns, falta no novo Código Civil. O que parece grave, nessa ausência, é que, de um lado usos e costumes mercantis a par de facilitarem a realização de operações e de conterem os elementos que, ao depois, acabam sendo recepcionados nas normas positivadas, também refletem o germe de instituições típicas de certas praças e/ou setores da economia que, adotadas pelos comerciantes na linha da universalização do direito mercantil reduzem custos de transação.

Pode-se dizer que os usos e costumes servem para harmonizar o direito posto com as instituições que, aos poucos, são criadas e modeladas pelas pessoas, pois o direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pela sociedade sobre a qual incide.

E, por ser um sistema aberto, é importante que, mesmo no direito codificado haja espaço para mudanças. Diz-se que as cláusulas abertas, que facultam aos juízes interpretar o direito, são um desses mecanismos. Contudo, diante da assimetria informacional entre juiz e interessados, isso pode nem sempre ter o resultado visado.

De toda sorte, as codificações, tal como propostas ao longo do século XIX, deixaram de atender às demandas das sociedades pelo que se passa à aprovação de leis extravagantes que dispõem sobre matérias específicas ao lado e à margem dos códigos no processo que Irti denominou decodificação.

Como argumento central, apresenta-se o reconhecimento de que os códigos estariam desatualizados e que as Constituições européias aprovadas após o término da 2ª Guerra Mundial, por contemplarem direitos inexistentes nas codificações do século XIX, se tornaram o centro dos sistemas jurídicos. Com isso, abriu-se espaço para a produção de normas estranhas aos códigos, os microsistemas e, portanto, para a decodificação.

## 2. Decodificação

Decodificação é o processo derivado da proliferação de leis especiais estranhas ao corpo dos códigos, o que indica fissuras naquele corpo de leis que se imaginava completo e unitário. A decodificação é fruto das mudanças sócio-econômicas e políticas e de uma certa rigidez dos códigos novecentistas que teve, como subproduto, o que se designa como a constitucionalização do direito privado. Aliás, Miguel Reale se refere ao Código Civil como a constituição do homem comum, dos particulares. Essa, do que se conhece, era sua função no século XIX.

Exemplos de microsistemas são as normas sobre direito urbanístico, ambiental, concorrencial, bancário, do mercado de valores mobiliários, securitário e do consumo, que adotam princípios diferentes dos aplicados às normas codificadas. Argumenta-se que os microsistemas são voltados para certos setores da sociedade ou da economia; em outros casos, para restabelecer a igualdade entre pessoas ou partes em face da existência de assimetrias informacionais que geram vulnerabilidades; ainda em outros, para excluir certas pessoas da incidência de normas gerais, como se dá com menores e adolescentes, idosos, mulheres, conferindo-lhes o que Guido Calabresi denominou de direitos inalienáveis. O fato é que a opção por incluir ou excluir algum instituto da regra geral é questão de política legislativa em face de demanda social.

O aumento e a pluralidade de microsistemas têm que ver, também, com a incompletude das codificações atrás referida. Essa incompletude se evidencia em matéria comercial à vista da dinâmica própria das atividades, da tendência à uniformidade e da internacionalidade das práticas negociais. Convenções e tratados internacionais de que o país seja signatário devem ser harmonizados ao direito interno, no que não for objeto de reserva.

Ao direito comercial os microsistemas não são estranhos, pois ainda na vi-

gência do Código de 1850 foram aprovadas duas leis, a de sociedades por ações de 1940 e a de falências de 1945, ambas espelhando mudanças que exigiam regras adequadas para a época. Portanto, para o comercialista, a decodificação a que se refere Irti, a par de não espantar, salvo pela mudança de eixo, representa o espírito renovador desse ramo do direito. O que há de novidade não é a aprovação de leis extravagantes e sim a expansão das matérias em que isso ocorre. Crescentes as áreas em que é mais simples legislar recorrendo a leis especiais e microssistemas do que alterar dispositivos dos códigos.

A questão está em saber se o procedimento de legislar mediante estatutos ou microssistemas normativos estaria esgotado e, por isso, o retorno aos códigos, muitos aprovados em período recente, tanto na Europa quanto em países latino-americanos, o Brasil incluído, e que alguns vêm como o retorno à codificação no que denominam de recodificação. Pergunta-se: normas especiais, ao lado de códigos serão ainda aprovadas?

Lembra-se a legislação falimentar, de 2005, lei especial e estranha ao Código Civil, e que embora se refira a direito das obrigações, excepciona as normas gerais.

### 3. Recodificação

Reconhecido o envelhecimento ou a obsolescência dos códigos novecentistas, emerge a tendência a reformá-los. Uma das razões é reduzir ou apagar o caráter individualista que os impregnava; outra, a preocupação com a incompletude da legislação, com o que a ruptura da sistematização ganha corpo entre os juristas que optam por manter os microssistemas, agora tendo como eixo ao redor do qual gravitam as constituições ou se voltam para a recodificação, isto é, a incorporação das leis extravagantes aos códigos preservando-lhes a concepção sistêmica.

O termo recodificação tem, portanto, duas acepções: refere-se ao processo de reforma integral dos códigos, assim como à sua revisão, em que são atualizados artigos e/ou recepcionadas as normas extravagantes.

A opção pela recodificação mediante a incorporação da legislação extravagante esbarra na proliferação de microssistemas o que torna complicada e, por vezes, inviável, sua recepção pela lei geral, particularmente se os fundamentos sobre os quais são erigidos forem distintos. A outra opção, a não recodificação mas a elaboração e aprovação de novos códigos – igualmente recodificação para alguns –, consiste em revisão e revitalização do sistema com as mudanças que a sociedade exige ou que o legislador entende que são importantes para as relações sociais.

Característica comum aos novos códigos, na dicção de Reale, é que estão apoiados, fundados, na socialização ou socialidade dos códigos sob a influência da socialização, que aparece nas normas das constituições aprovadas depois da 2ª Guerra.

Além disso, os novos códigos, de terceira geração, dizem alguns, têm entre seus princípios não mais aqueles direitos individuais, pois perdem o caráter individualista, quase egoísta dos de primeira geração. Para tanto, as normas abertas, a previsão de revisão judicial de contratos e a boa-fé, como mecanismos de fomento à boa convivência social, parecem destinados a facilitar a leitura e aplicação das regras que ficarão mais próximas das mudanças das circunstâncias sócio-econômico-políticas em cada momento.

A concretização desse escopo depende de serem os legisladores e os magistrados pragmáticos e, especialmente, de haverem incentivos corretos, seja no sistema, seja na sua aplicação. Esta, creio, é a função promocional do direito a que se referia Norberto Bobbio e que se gostaria de ver otimizada.

Em suma, se recodificar for repor as normas dentro de parâmetros de racionalidade, a revisão do sistema normativo é desejável quando e sempre que mudanças sejam consolidadas.

A questão, agora, é saber em que medida o direito privado tem ampla ou restrita autonomia.

#### 4. Autonomia do direito privado

Em *The Limited Autonomy of Private Law*,<sup>1</sup> Hanoch Dagan trata da relação entre direito privado e valores sociais associados à justiça distributiva, que, diz, pode ser analisada sob dois enfoques: um interno à teoria do direito e outro externo. Sob o primeiro há dois paradigmas, a análise econômica do direito, vista como importante instrumento para compreender o direito privado; e o formalismo neokantiano, entendido como o antiinstrumento para compreensão desse direito.

Do ponto de vista externo, diante da globalização, acentua-se a importância prática da escolha entre a instrumentalização do direito para estimular a concorrência e as operações em mercado, e a autonomia do direito privado sendo que o embate entre essas posições induz à formulação de questões como, por exemplo, quais os valores que devem informar o conteúdo das normas de direito privado, e se essas normas devem ser o meio para a reforma das leis.

Segundo Dagan, os juristas, conforme sua formação, podem acordar sobre os valores informadores do direito privado e sugerir diferentes mecanismos institucionais – codificação, por exemplo – para transpor os valores para as normas. Da mesma forma, sobre dever o direito privado ser instrumental no promover mudanças, diz que isso depende de várias considerações como

responsabilidade, conhecimento e resposta das instituições, bem assim a aptidão do direito privado para modelar regras.

Adiante afirma que o direito privado reside num perfeccionismo social e, portanto, não pode ser neutro em face dos valores sociais o que, entretanto, não significa seja meramente instrumental. O direito privado reflete a concorrência entre normas e valores sociais. Por isso, para alguns, o direito privado é instrumental, uma forma de regulação que não se distingue de outras no que concerne a incentivos. Já quem vê no direito privado um sistema autônomo, diz que nenhum valor ou propósito social legitima ou informa esse direito, que fica isolado de escopos sociais, econômicos, culturais ou políticos.

Dagan explica que, na sua visão, valores públicos devem informar normas de direito privado que não pode ser inteiramente autônomo em relação à sociedade cujos valores deve promover. E conclui que ao determinar as posições jurídicas (*entitlements*) o direito privado deve ter presente os valores sociais ou coletivos, mas que também deve limitar-se a dispor sobre relações horizontais visto que a função nuclear do direito privado é definir as expectativas e pretensões nessas relações, função essa que ficará comprometida se desconsiderar os valores sociais e, mais ainda, se confrontar princípios constitucionais, entendo.

Se expectativas e pretensões sociais, nas relações horizontais, isto é, entre iguais, aparecem como fundamentos para o direito privado, passa-se aos princípios informadores do Código Civil.

#### 5. A empresa no Código Civil Brasileiro

Segundo Miguel Reale a “disciplina conjunta das obrigações civis e mercantis (...) já constitui orientação dominante em nossa experiência jurídica, em virtude do superamento do vetusto Código Comercial

1. Disponível em *ssrn.com*.

de 1850, com efeito, há o Direito Comercial se baseia no Código Civil”.<sup>2</sup>

Parece, pois, que a disciplina da empresa fica restrita às sociedades e tipos societários, todos personificados, com o que se perde, para fins de exercício de empresa, a sociedade em conta de participação, uma das estruturas mais antigas criadas para atender às necessidades do tráfico mercantil. E mais grave, na minha opinião, a criação de outras estruturas organizacionais para o exercício da empresa fica comprometida por conta da regra do art. 983 CCB.

A assimilação de empresa a sociedade, por sua vez, ignora o discurso de Ronald H. Coase sobre a natureza da empresa, que seria um feixe de contratos e, para outros, seria um nexo de contratos. Qualquer que seja a definição de empresa, a confusão com sociedades é inaceitável, mesmo porque há empresas não societárias. No sistema da *common law* não se confundem *enterprise* e *corporation* como se sabe.

Mais ainda. Em 2002, por opção de política legislativa, extremou-se associações de sociedades em razão de um detalhe: a função econômica destas, que não há naquelas. Essa decisão evidencia a falta de explicitação da natureza jurídica do negócio de constituição das associações. Seria o contrato plurilateral como propunha Ascarelli ou algum outro negócio jurídico que se preste a essa finalidade?

A confusão entre função econômica e perseguição de lucro para fins de posterior partilha (exercício teórico de nefelibatas) não prospera quando se pensa que benefícios conferidos a associados – uso de instalações de clubes, preferência para a aquisição de ingressos para espetáculos – equivalem, no plano patrimonial, à partilha de resultados entre membros de sociedades.

Demais disso, Gary Becker prega que gratidão pode ser vista como preço, como valor não monetário, mas apreciável por outro critério. Dos ensinamentos de Ascarelli e Becker pode-se ver nas associações uma espécie do gênero contrato plurilateral que difere das sociedades apenas porque os benefícios aos membros têm natureza não monetária ou econômica.

Resta uma questão que incomoda, ou seja, a invocação do art. 421 do CCB em matéria de sociedades, as quais são contratos, para requerer sua dissolução.

Qual a função social de uma sociedade, gerar empregos, produzir lucros, atender à demanda dos consumidores ou todas as anteriores? Não há resposta definitiva. Mas, a função social tem sido utilizada para manter em operação sociedades economicamente inviáveis, criando custos sociais; para resolver contratos a termo gerando efeitos de segunda ordem que atingem os que a invocaram; para impedir a retomada de imóveis locados mesmo diante da inadimplência do locatário. Esta política, se propagada, afetará o setor de construção civil reduzindo a oferta de empregos e a geração de riqueza. E, em matéria de desapropriação, a insegurança gerada pode impactar de forma negativa o agronegócio.

Onde está a função social da empresa na Constituição da República? O Código Civil é lei ordinária, razão pela qual é importante saber como a empresa ou o direito de empresa aparecem na Constituição de 1988 e harmonizar normas e princípios da lei ordinária aos princípios constitucionais, tal como faz Giorgio Oppo.

## 6. Princípios informadores do Código Civil

Explica Miguel Reale<sup>3</sup> que por se tratar de obra coletiva, no sentido de que vários juristas elaboraram, portanto de “obra

2. “Visão geral do novo Código Civil”, in *Novo Código Civil Brasileiro*, 2ª ed., rev. e atual., Ed. RT, 2002, pp. IX-XIX.

3. Ob. cit.

transpessoal” (*sic*) de caráter coletivo, em que novos paradigmas foram adotados, era preciso dar unidade sistemática às partes. Que, quanto aos princípios, três são fundamentais: *a*) eticidade – superando-se o apego ao formalismo jurídico, com a opção por cláusulas genéricas ou gerais; *b*) socialidade, com superação do caráter individualista do Código de 1916; e *c*) operabilidade, visando-se a estabelecer soluções normativas para facilitar a interpretação e aplicação pelos operadores do direito.

Os termos norma, conceito e princípio merecem alguma reflexão o que se faz agora, com escusas ao leitor pela interrupção da ordem de exposição.

### 6.1 Norma, conceito e princípio

Norma é uma regra cuja observância pode ser exigida e que, se violada, há previsão para corrigir a conduta. Normas podem ser sociais ou positivadas.

No caso das normas sociais, é a própria comunidade que determina e aplica sanções em face de conflitos ou comportamento aprovado e aceito pelo grupo. Normas sociais, quando positivadas, isto é, aprovadas pelo Congresso e sancionadas pelo Executivo, se violadas são objeto de análise pelo Judiciário que tem o poder para determinar as sanções aplicáveis e sua dosimetria, dentro da previsão no ordenamento.

Pensando estrategicamente, as normas servem como quadro geral dentro do qual situações de interação social, quando a decisão de uma pessoa influenciará a de outra e, por sua vez, poderá ser influenciada pela decisão desta, permite aplicar modelos elaborados na Teoria dos Jogos para criar os incentivos que levem à otimização das relações ou que reduzam atritos.

É que pessoas racionais agem buscando maximizar suas utilidades. As normas, regras de direito posto, desenham as espec-

tativas sobre o comportamento das pessoas que vivem em sociedade. Pensando em jogos de coordenação – caso das sociedades, por exemplo –, nada obstante a complexidade do tema, é preciso saber se o jogo será de informação completa e perfeita, com uma jogada única e simultânea, ou continuado, com jogadas sequenciais.

Boas normas resultam de avaliação das estratégias e da informação disponível em cada momento e para cada jogador. Também é preciso saber se o jogo é individual ou coletivo. Parece-me que faltam esses indicadores em relação a sociedades no Código Civil. Não se estimula a cooperação e sim o litígio entre membros.

Conceito, que difere de definição, é uma idéia abstrata, geralmente associada a uma representação simbólica. A definição é a delimitação precisa do significado atribuído ao termo. Conceitos são abstratos, não cuidam de diferenças ou limites. São frutos da razão, da lógica, contêm significados e, segundo Locke, equivalem à descrição de uma idéia geral, são abstratos e resultado de abstrações, diz Stuart Mill, enquanto que para Kant, conceito como abstração de uma experiência é noção parcialmente correta. Conceito será, para ele, resultado de comparação, reflexão, abstração ou segregação do que seja diferente.

Princípio é proposição que serve de base para a construção de uma regra ou norma, é um padrão para avaliação de comportamentos ou condutas. Em face de princípios informadores de um direito comercial ou direito de empresa, valho-me de trabalho de Giorgio Oppo – *Principi*<sup>4</sup> –, texto que inaugura o *Tratado de Direito Comercial* organizado por Vincenzo Buonocore.

### 6.2 Princípios e atividade de empresa

Oppo procura determinar quais seriam os princípios de direito comercial no sistema de direito privado, e começa com uma

4. Turim, G. Giappichelli Editore, 2001.

surpreendente guinada ao afirmar que se está não diante de um direito de empresa, mas de um direito do mercado.<sup>5</sup> Assim, analisa a disciplina da ordem econômica constitucional italiana e explica que liberdade de iniciativa e utilidade social devem ser coordenadas pois a utilidade social compreende valores como a segurança, a dignidade dos seres humanos e o dever de solidariedade, pelo que considera ser a utilidade social limite à iniciativa econômica. Neste sentido, as normas concorrenciais, ao penalizarem o exercício de poder no mercado, são, igualmente, limitação à liberdade de iniciativa.

Em relação à empresa, que vê como o instituto cardeal da organização e da disciplina da iniciativa econômica, criada com meios patrimoniais e pessoais a ela destinados, diz que *é fattispecie* originária ainda que englobada na noção de empresário e que, como *fattispecie* comportamental, é centro de imputação da atividade e da organização.

Para Oppo, e a doutrina italiana vai nessa direção. Toda e qualquer atividade econômica organizada e voltada para mercado é empresa; algumas são comerciais, outras não e a qualificação se dá segundo os usos ou definições do que seja atividade comercial.

Ao concluir propõe questões sobre os limites dos princípios destinados à disciplina da atividade econômica e dos mercados que aquele autor vê como os princípios do direito comercial atual, notadamente em face da globalização. Oppo não oferece respostas precisas, mas pode-se afirmar que o regular funcionamento dos mercados e as assimetrias de informação merecem cuidados do legislador.

### 7. Empresa e ordem constitucional

Iniciando com as normas e princípios constitucionais relacionados ao exercício de

atividades econômicas, verifica-se que, em 1988, o constituinte inseriu o país naqueles de economia de mercado, no sistema capitalista.

Assim, o art. 170 da Constituição contempla a livre iniciativa, ou seja, a liberdade para entrar, permanecer ou sair do mercado; e reconhece o direito à apropriação de bens pelos particulares – propriedade privada. Mas limita esses direitos, que, portanto, não são absolutos, à valorização do trabalho humano para assegurar existência digna às pessoas, à livre concorrência, que tem como efeito indireto a defesa do consumidor. Não há referência à função social da empresa, e, sobre a função social da propriedade e defesa do meio ambiente, pode-se entender esses princípios constitucionais como formas de incentivos para o uso racional e útil dos bens, evitando externalidades negativas como danos derivados da emissão de poluentes. Assim, mais do que dever-função, devem ser entendidos como formas de responsabilidade social.

Se o sistema é o capitalista mitigado, presume-se que a busca mais eficiente, seja pela alocação dos recursos, seja na produção, fica sujeita às circunstâncias e condicionalidades existentes e, dessa forma, supõe-se que justiça social não implica distribuição *tout court* de vantagens ou benefícios e que, se o mercado funcionar de forma correta, aumentará o bem-estar.

Adotando o ensinamento de Oppo sobre ser o direito comercial, na atualidade, não o direito das sociedades ou de contratos mercantis, mas o direito dos mercados, é dessa forma, como direito dos mercados, que se há de analisar as normas e princípios da lei civil.

### 8. Os princípios no Código Civil

Princípios informadores enumerados por Miguel Reale – eticidade, socialidade e operabilidade – e sua incidência no direito de empresa, *rectius* das sociedades e dos

contratos empresariais, é o que agora interessa. O jurista explica que o conteúdo do Livro II – do Direito de Empresa, “se refere a toda a vida societária, com remissão à legislação especial sobre sociedades anônimas e sobre cooperativas, por abranger questões que extrapolam da *Lei Civil*”,<sup>6</sup> e mais além não vai.

Em que diferem as sociedades mercantis, salvo pela forma e estrutura organizacional para que alguns tipos interessem à *Lei Civil* e outros – a anônima e a comandita por ações – não? A disciplina de cada tipo societário tem que ver mais com sua organização interna – administração e imputação – enquanto no plano externo, interessa a responsabilidade perante terceiros credores.

Nesses dois tópicos o Código inova e nem sempre para melhor. No que diz respeito à responsabilidade para com terceiros credores, o art. 50 que positiva uma técnica, a da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar bens particulares dos sócios, tem sido muito invocado o que gera insegurança e, nesse sentido, Oppo alerta para abusos.

Outra inovação indesejável é a proibição de constituição de sociedades entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória. Ora, a pessoa jurídica, criação do direito, define novo e diferente centro de imputação, organiza competências e, mais importante, segrega riscos. A proibição de sociedades entre cônjuges, prática comum no país, a par de estar fundada em noção ultrapassada, a unicidade patrimonial, inexistente na França, Itália e Alemanha, que permitem sociedades unipessoais, de há muito reconhecidas nos Estados Unidos da América. O anacronismo do Código Civil inviabiliza a separação de riscos que, muitas vezes, interessa aos credores.

Ainda no que diz respeito a inovações no plano interno, a elevação do *quorum* para a instalação de assembléia de sócios (art. 1.074) ou a exigência de aprovação de certas deliberações por 75% ou  $\frac{3}{4}$  do capital social, nas limitadas, dá poder de veto à minoria.

E, para piorar o quadro, na sociedade simples, qualquer alteração do contrato, por exemplo, mudar o endereço da sala A para a B no mesmo edifício, depende de unanimidade! A remoção de administrador nomeado no instrumento de contrato também deve ser aprovada por unanimidade. Qual a lógica de tais provisões? Resultado previsível é que quanto aos sócios minoritário dificultarem a tomada de decisões pela maioria, a solução estará na oferta de compra do seu capital pela maioria, o que poderá criar incentivos para que sócios desejosos de desligar-se da sociedade criem embaraços ou dificuldades a fim de receberem oferta pelas suas participações. Nestes casos, o preço das participações minoritárias pode superar seu valor patrimonial.

No que concerne à organização, a determinação de que sociedades empresárias só podem ser constituídas segundo uma das formas legalmente previstas, a denominada tipicidade fechada é outra incoerência tanto por incidir sobre a liberdade de organização quanto por dificultar a criação de novas estruturas.

Se uma das funções do direito positivo é reduzir fricções nas relações intersubjetivas, e se, na atribuição de posições jurídicas, a lei deve conferir o máximo de segurança e garantir estabilidade nas relações, sobretudo quando se protraem no tempo, parece que a unificação do direito das obrigações aumenta os custos de transação, facilita comportamentos oportunistas e, pode ter como efeito o abandono do tipo limitada nos negócios médios com o desuso de um tipo que, anteriormente, pela flexibilidade que a legislação permitia, era dos mais utilizados.

6. Cit., pp. XVII e XVIII.

