

NOVOS RUMOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL

NEW PATHS IN THE BUSINESS LAW INSTITUTIONALIZATION

Kone Prieto Furtunato Cesário¹

Rogério de Souza Torres²

RESUMO:

A regulação não deve ser puramente mecânica, dispensando o acurado exame dos fatos, do tempo e das demais circunstâncias: em outras palavras, da realidade. Esta pesquisa se propõe a demonstrar, com base na divergência jusfilosófica de Karl Popper e Richard Posner, passando pelo Racióvitalismo Jurídico de Luis Recaséns Siches, e com base em alguns modelos extraídos da mais atualizada tentativa de reconstrução legislativa do Direito Empresarial brasileiro, que institucionalizações não metodológicas, ineficientes e acríicas comprometem o bem-estar, a segurança jurídica, o desenvolvimento sustentável, o mercado, enfim, a sociedade. Examinar as circunstâncias, atender aos fins sociais e avaliar as consequências são tarefas do regulador realmente preocupado em levar a sério o Direito e em conferir estabilidade às relações jurídicas.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Racionalismo Crítico. Pragmatismo. Racióvitalismo Jurídico. Instituição.

ABSTRACT:

The regulation shouldn't be fully mechanical or get away from the examination of facts, moments and other conditions: in other words, from reality. Using jusphilosophical divergence between Karl Popper and Richard Posner and also Recaséns Siches's Legal Ratiovitalism, besides cases from latest legislative reform attempt of Brazilian Business Law, this article shows that untechnical, inefficients and uncritical institutionalizations undermine the welfare and also legal security, sustainable development, market, and lastly, the civil society. The regulator genuinely concerned about Law, examines the circumstances, takes into account the social purposes and assesses the consequences, all of them to provide stability to legal relationships.

Keywords: Business Law. Critical Rationalism. Legal pragmatism. Legal Ratiovitalism. Institution.

¹ Professora e Chefe de Departamento na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Professora na Pós-Graduação da UFJF e Mackenzie/SP, Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial pela PUC/SP. E-mail: kone@konecesario.com.br.

² Advogado, Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro e Pós-graduando em Direito Empresarial, Relações do Trabalho e Inovações Tecnológicas na UFJF. E-mail: adv.rogeriortorres@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O homem é um ser inteligente, mas inacabado, que, ao longo de sua milenar existência, sofreu, sofre e sofrerá transformações físicas, emocionais, intelectuais e operativas, para que jamais seja frustrada a sua subsistência.

Não há qualquer dúvida de que o saber é um ingrediente fundamental para a evolução do ser humano. Contudo, somos indivíduos essencialmente gregários, e, em certo grau, dependemos da intervenção de alguém ou de algo com poder e força suficientes para evitar, minimizar ou afastar a possibilidade de conflitos, nas hipóteses em que não seja suficiente o mero consenso: ou o bom-senso. Daí porque conhecimento sem método não resolve o problema.

O homem percebeu que a “organização” seria o meio mais eficiente para levá-lo a percorrer seu caminho de maneira harmoniosa, adequada e racionalmente produtiva.

Sem nos alongarmos na descrição destes fenômenos pela confirmação científica dos diversos ramos do conhecimento, pois nossa abordagem está inserida apenas no âmbito do Direito Privado, mais especificamente do Direito Empresarial³, pedimos vênias para levantar alguns aspectos relacionados à empresa e à sua teoria jurídica no plano do Direito brasileiro fundamentados no racionalismo crítico de Karl Popper (1998), passando pelo raciovitalismo de Recaséns Siches e realizando um contraponto com o pragmatismo de Richard Posner (2007).

A criação de institutos jurídicos pelo Parlamento afeiçoados ao Direito Empresarial, a aplicação de regras e princípios pelo Poder Judiciário e o trabalho dos pesquisadores não deve unicamente atender ao mecanicismo ou à estética, sendo indispensável a interpretação do Direito, no âmbito dos fatos e dos casos, sob o prisma da “realidade” ou, para adequar-se à filosofia de Siches, considerando-se a vida humana como ponto de partida para compreender as múltiplas realidades (SICHES, 1963, p. 470).

A reflexão filosófica contribui para o estudo dos fenômenos da empresa no tempo e suas correlações com as inovações tecnológicas e institucionais, afinal

³ Em se tratando da empresa moderna, a doutrina tende a enquadrá-la numa zona *gris* entre o direito público e o direito privado, sendo esta a posição, por todos, de Modesto Carvalhosa (2011, p.5).

A vida do direito não tem sido lógica: ela tem sido experiência. A percepção das necessidades da época, as teorias morais e políticas predominantes, instituições de políticas públicas, reconhecidas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, têm tido bem mais a ver do que o silogismo na determinação das regras e normas pelas quais os homens deveriam ser governados⁴.

Por isto dizer-se que a interdisciplinaridade, a postura crítica do legislador, do juiz e do pesquisador, a utilização de uma metodologia adequada, a interpretação razoável dos institutos, a análise quantitativa e qualitativa das consequências da institucionalização⁵, poderão resultar numa regulação (inclusive no âmbito privado) eficiente, dinâmica, transformadora e - por que não? - ética, visando a sustentabilidade, a economicidade, a solidariedade, enquanto vetores da dignidade das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas (art. 170, *caput*, CR/88).

Os teóricos, o legislador e os profissionais do Direito devem, com um olhar compreensivo, entender a instância do social como parte de uma sociedade formada também pelas esferas econômicas, políticas e jurídicas, que, a depender do momento histórico e das circunstâncias culturais, predominarão uma sobre as outras com grau e matizes diferenciados.

1. PRINCÍPIOS DO DIREITO COMERCIAL

As duas grandes guerras do Séc. XX trouxeram importante inovação para o mundo jurídico, reaproximando a Ética do Direito, conformando a dignidade da pessoa e levando à construção de uma teoria dos direitos fundamentais. Uma regulação jurídica da vida internacional, com fortes repercussões no Direito Internacional Público, passa necessariamente pela justa adequação de interesses dos hipo e hiperssuficientes, calcada na igualdade material universal e, também, na tentativa de se resgatar o terceiro pilar da revolução burguesa: a fraternidade, ou para alguns, o solidarismo ou caridade.

⁴ Epígrafe de Oliver Wendell Holmes, in *Common Law 1*, de 1881, constante do capítulo 3 de COOTER, 2010, p. 73.

⁵ Usamos aqui o termo institucionalização no sentido atribuído por Douglass North (1990, p. 3): *i*) regras formais (lei em sentido amplo) e/ou *ii*) regras de comportamento, costumeiras, criadas para funcionarem no âmbito das sociedades empresárias, etc.

Assim, o Pacto da Sociedade das Nações e a Carta das Nações Unidas, juntamente com outros documentos subsequentes dotados de força normativa, impuseram aos Estados o dever de se abster de práticas restritivas de determinadas liberdades, como também a obrigação de prover e proteger direitos iminentes ao ser humano, implementando a igualdade material e respeitando o princípio da solidariedade e da cooperação, sem os quais a pessoa não alcançará bem-estar e autonomia funcional/existencial.

Fábio Ulhôa Coelho (2012, pp. 11-65) aborda interessantes aspectos da proposta de revitalização do Direito Comercial no Brasil, que deve ocorrer por meio da (re)construção de princípios e de uma nova concepção da argumentação jurídica no âmbito do poder judiciário. A insegurança jurídica, segundo Ulhôa, seria fruto da imprevisibilidade das decisões judiciais relacionadas às matérias de Direito Comercial. Arriscaríamos dizer, até, fruto da incorreta institucionalização estatal e privada, problema que se constitui em um dos objetos de nossa investigação.

Por assim dizer, o tecido esgarçado do Direito Comercial deve ser recosturado à luz de seus próprios princípios⁶ do Direito Comercial, em sintonia com os valores da sociedade brasileira. Por isto, no entendimento de Fábio Ulhôa (2012, p. 20) a edição de um novo Código Comercial se justificaria para conferir maior previsibilidade às decisões, respeitando-se, assim, o princípio da segurança jurídica⁷.

2. A FILOSOFIA DO CONHECIMENTO OU O RACIONALISMO CRÍTICO

Karl Popper, remontando-se a Tales de Mileto, defendeu que o homem sempre deve explorar o desconhecido, com ampla liberdade para analisar e refutar, identificando equívocos, buscando novas ideias para sempre inovar⁸. Neste processo de apreensão do

⁶ Princípios são pontos de partida, mandamentos de otimização, e no caso de colisão entre eles, a solução se dará pela aplicação da técnica do sopesamento (proporcionalidade). Regras, ao contrário, impõem deveres e sanções definitivos, e na hipótese de conflito entre elas, a solução estará na escolha de apenas um dos comandos (ALEXY, 2002).

⁷ Cândido Dinamarco adverte que o princípio da segurança jurídica não implica em certeza ou convicção jurídica. O sistema admite falhas, e, assim, legislador, advogados e juízes devem equacionar os riscos, forjando-lhes as necessárias correções. A probabilidade deve orientar o legislador, o juiz e os demais profissionais do Direito, pois a incerteza absoluta é a única certeza do consciencioso operador do sistema jurídico. Nestas condições, cabem-lhes a avaliação criteriosa da probabilidade suficiente (DINAMARCO, 2013, pp. 140 e 145).

⁸ Não à toa José Wilson Ferreira Sobrinho (2001, p. 47) relembra a lição de Popper: “em ciência só o transitório é definitivo”.

conhecimento, o sujeito deve partir de pré-concepções, controlando-as e verificando-as, a fim de que, pela experimentação, possa confirmar o conteúdo/objeto através da crítica racional, num verdadeiro duelo entre refutações e conjecturas. A pesquisa é, portanto, segundo Popper (1998, pp. 10-54), a eliminação do erro, estando a serviço da verdade.

3. RACIOVITALISMO JURÍDICO

Em seu *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Luis Recaséns Siches (1959, p. 47) explica que o Direito se constitui em categoria objetual, compartimentalizando-se dentro de algo que a sua Filosofia chama de “Universo”. Por assim dizer, o Universo seria o conjunto de todas as coisas, e o Direito, estando contido nesse Universo (conjunto onde coisas heterogêneas coexistem), seria o elemento fracionário ou integrante deste ambiente que “é” (ser).

Diz Siches que a coisa integrante do Universo (que “é”) também “é”, não existindo diferença ontológica com o “nada”, na medida em que ao se pensar, o “nada” se transforma em algo que “é”, ainda que subjetivamente.

O “ser” pode, então, ser considerado tanto como “substância” (com existência própria) ou como qualidade ou modo de ser de uma outra coisa (tomamos como singelo exemplo, o complemento de um verbo transitivo indireto).

Ainda, segundo Siches, o “ser” pode importar numa “relação”, ou, melhor dizendo, correlação: *v.g.*, a igualdade estabelecida entre duas pessoas; esta igualdade não é independente como cada uma das pessoas *de per si*, nem necessita apoiar-se em outra coisa ou terceiro “para ser”; a isonomia, na hipótese, estaria entre as duas pessoas no instante da comparação⁹.

O raciovitalismo aborda a relação entre razão e vida humana, especificamente preocupando-se com os atos humanos que implicam tomadas de decisão e que, portanto, necessitam de justificativas. Daí porque lembrar-nos Moises de que o pensamento cartesiano (“penso, logo existo”) confronta-se com o pensamento raciovitalista (“existo, logo preciso

⁹ O fundamento dessas premissas está em Aristóteles, no que ele chama de “categorias” (FERREIRA SOBRINHO, 2001, pp. 49 -75).

pensar”; o “ser” age tomando decisões justificáveis). O raciovitalismo sustenta que a razão pura é incapaz de explicar a existência humana, sendo exatamente esta incapacidade da razão pura que instalou o irracionalismo.

O projeto vital do raciovitalismo confere estrutura e sentido à vida. O homem deve justificar suas atitudes em face do seu projeto vital, sendo que os atos decisórios, devidamente justificados, são a consequência lógica do entendimento da existência humana¹⁰. A atividade humana possui motivações, dirige-se a uma finalidade (realizar o inexistente imaginado pelo homem, conforme seu pensamento, para a satisfação de suas necessidades).

A teoria de Siches quer adequar a realidade (de que trata a sociologia) ao Direito, e, sob esta perspectiva, ao menos, parece existir maiores semelhanças que dissonâncias entre o seu raciovitalismo e o pragmatismo posneriano.

PRAGMATISMO JURÍDICO

Posner acredita que o conhecimento não se extrai simplesmente de sucessivas testagens formalistas. Importa, mais que a simples busca de uma suposta verdade, o exame das circunstâncias e das consequências práticas. Para ele o pragmatismo é o antídoto do formalismo.

A maioria das disputas jurídicas será resolvida, segundo Posner, com os instrumentos oferecidos pelo raciocínio prático e o valor social do Direito não estaria simplesmente na solução de conflitos, mas, na evitação desses conflitos através da criação de normas de regência práticas (empíricas).

O Direito para Posner (2007, pp. 332-627) é a arte do governo social por meio das regras, arte, esta, que somente pode ser explorada por quem detenha formação e experiência

¹⁰ Por isto Siches afirma que “toda a vida é um ponto de vista, uma perspectiva sobre o Universo. O falso seria que cada perspectiva pretendesse ser a única verdade. A única certeza absoluta é o perspectivismo” (SICHES, 1963, p. 472). O perspectivismo defende a subsistência de múltiplas realidades fundadas em múltiplos pontos de vista, e, nesta quadra, aos homens restam visões meramente parciais da realidade (subjetivas), ao contrário de Deus, único titular da verdade absoluta (onirismo?). Portanto, aos homens cabe ampliar suas perspectivas através da intercomunicação entre os diferentes pontos de vista (MACHADO NETO, A. L. *apud* MODA, *op. cit.*, pp. 6-7).

em lidar com *insights*, pois não existem interpretações logicamente corretas e, ademais, a interpretação não é um processo lógico.

Miguel Reale (2007, pp. 141-2), em sua *Introdução à Filosofia*, explica que o pragmatismo construiu

[...] inovação irrecusável, (...) não sendo ele uma redução simplista do verdadeiro útil. O que o pragmatismo sustenta é que devemos resolver o problema do conhecimento e do alcance do conhecimento reconhecendo que a teoria se insere ou se integra como momento da 'ação' ou da vida prática, a tal ponto que os elementos formais da Lógica são formas de dada matéria (...). Uma verdade só é uma verdade porque vai ao encontro das exigências vitais do homem; e essas exigências só se aquilatam no plano da ação e não no plano teórico da especulação, seccionado das circunstâncias existenciais.

Criar, imaginativamente, é resolver um problema e, de fato, não se resolve um problema sem esforço. Todo produto cultural (e o Direito é cultural) deve conter uma solução. Não basta ser apenas inventivo.

Se o criador (leia-se o operador do Direito) seleciona imagens adequadas, escolhidas como capazes de, reduzidas à forma, conterem a força de sugestão teórica que possuíam quando abstratas e se, além disto, na passagem do plano ideal para o real, a condição de vida das pessoas foi razoavelmente considerada, o produto de sua criação (a regulação) poderá, então, modificar, verdadeiramente, algo no mundo.

Disse Friedrich Müller (2007, p. 19):

Propõem-se à ciência do direito a tarefa não mais de buscar a delimitação a respeito do realismo das ciências naturais, senão a de analisar por sua conta a particularidade das normas jurídicas e de perguntar de que maneira atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do direito. Então já não se poderá formular o postulado da objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal "absoluto", mas sim como reivindicação de uma racionalidade verificável e discutível na aplicação do direito e a exigência de que aquela responda aos fatos, fazendo com que as disposições legais levem o selo de sua própria matéria.

4. A TEORIA DA EMPRESA: A EMPRESA MODERNA

O atual Código Civil, adotando a Teoria da Empresa com lastro no Código Civil Italiano de 1942, sepultou a Teoria dos Atos de Comércio, construída pelo império

napoleônico, que, em 1807, tinha editado o Código Civil Francês e, em 1850, inspirado o Código Comercial Brasileiro e o Regulamento 737.

O conceito antigo de comerciante (que ao tempo da primitiva Teoria Subjetiva implicava no reconhecimento, como tal, apenas daqueles capazes de se inserirem na categoria dos comerciantes; e, ao tempo da teoria francesa, daqueles que viessem a praticar atos de comércio previstos em lei *latu sensu*), cedeu espaço ao atual conceito de empresa, definida por José Edwaldo Tavares Borba (2010, p. 14) “como a estrutura fundada na organização dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho) para o desenvolvimento de uma atividade econômica”.

Rubens Requião (1982, pp. 47-51) elaborou um estudo profundo sobre o assunto, trabalhando com a distinção entre a noção econômica e a noção jurídica de empresa. Citando Giuseppe Ferri, Requião diz que “a produção de bens e serviços para o mercado não é consequência de atividade acidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos”. Para o mestre paranaense, seria este um conceito econômico de empresa, calcado nos ensinamentos dos economistas clássicos, passando pela Economia Política, de forma que tal instituição somente se apresentaria relevante caso efetivado o cumprimento do papel de organizadora dos fatores de produção.

Segundo Requião, os juristas encontram enorme dificuldade em definir a empresa sob o aspecto exclusivamente jurídico porque “o conceito jurídico de empresa se assenta no conceito econômico”. Portanto, para o autor, o jurista trabalha sobre o conceito econômico para criar a definição jurídica de empresa.

Voltando a Tavares Borba, podemos, então, compreender que se a empresa constitui numa estrutura fundada na organização dos fatores da produção, será empresário quem a “organiza e dirige (...) reunindo e coordenando os fatores da produção”.

O Direito Comercial brasileiro veio a reboque do Direito Comunitário, sendo o legislador doméstico leniente no que se refere à tarefa de atualização da matéria. Prova disto é que, no âmbito de nosso ordenamento jurídico, a transição da teoria francesa para a Teoria da Empresa ocorreu tardiamente (janeiro de 2003), com a entrada em vigor do art. 966 do CC/02, que positivou todos os fenômenos da atividade empresarial, divididos em quatro perfis, segundo Alberto Asquini (*apud* NEGRÃO, 2010, p. 46): *i*) perfil subjetivo: a empresa é

desenvolvida por uma pessoa, física ou jurídica; *ii*) perfil funcional: a empresa é a atividade econômica organizada dirigida a uma finalidade produtiva; *iii*) perfil objetivo: a empresa é um conjunto de bens materiais e imateriais afetados à atividade (*azienda*); *iv*) perfil corporativo: a empresa é percebida, ainda que numa visão historicamente fundada no fascismo italiano, como núcleo social organizado em função de um fim econômico comum (art. 966, CC/02).

Inicialmente, dado o preconceito histórico com o totalitarismo do regime fascista, a doutrina acabou por desqualificar o perfil corporativo. No entanto, ao se abstrair da visão puramente histórica, *id est*, do contexto fático de elaboração da teoria sob exame, o perfil corporativo é aquele que melhor projeta o caráter dinâmico da empresa. Na atual leitura das práticas de boa governança corporativa, este seria o perfil que melhor se aperfeiçoaria à noção de função social da atividade empresarial, dada a necessidade de serem adotadas práticas de responsabilidade social, *accountability*, *full disclosure* e *compliance*.

A aplicação de boas práticas de atuação administrativa leva ao desenvolvimento sustentável, ao crescimento inclusivo com respeito à função socioeconômica da atividade empresarial, atendendo-se à boa-fé objetiva.

A empresa moderna, na sociedade contemporânea, onde a verdadeira riqueza reside no conhecimento, na inovação e na posse da melhor tecnologia (e não mais, por si só, na propriedade de bens materiais ou no acúmulo de capitais), deve estar preparada para atuar externa e internamente de modo a cumprir uma agenda social, respeitando o meio ambiente, a qualidade de vida da coletividade, reduzindo ou compensando externalidades negativas¹¹, para atender as diretrizes da Nova Ordem Econômica, consubstanciada no art. 170 da CR/88,

¹¹ COOTER *et al*, 2010, p. 60-2, ao tratar do equilíbrio geral e da economia do bem-estar, aponta que “o equilíbrio do mercado é, em termos de bem-estar, um resultado tão desejável que seria útil conhecer as condições sob as quais ele irá vigorar. (...) A condição essencial é que todos os mercados sejam competitivos” mas, nem sempre, é assim: existem falhas de mercado que influenciam sobremaneira no equilíbrio e na eficiência. Cooter apresenta as quatro falhas que merecem corrigidas através de políticas públicas adequadas: *i*) monopólio e poder de mercado: os monopólios afastam a competitividade, assim como o conluio entre empresas e fornecedores e o monopsonio (único comprador) no mercado de insumos. Fosse o seguimento competitivo, o benefício marginal e o ganho marginal seriam iguais, mas na hipótese, o preço praticado pelos monopólios excede o custo marginal de produção, sendo muito elevado, ao passo que a produção fornecida é baixa e ineficiente; *ii*) externalidades: o intercâmbio no mercado é voluntário, sendo que os envolvidos captam benefícios, assumem custos e, em tese, deveriam contar com as melhores informações. Todavia, os benefícios das trocas poderão refletir negativamente em relação a terceiros, gerando custos externos (externalidades). Exemplo clássico, seria o de uma fábrica de barbantes que polui o meio-ambiente, causando problemas ao aparelho respiratório de uma infinidade de pessoas atingidas pela poluição; *iii*) bens públicos: o bem público é uma mercadoria com características peculiares: a) consumo não rival; b) não excludente (para maiores detalhes *cf.* COOTER, *op. cit.*, p.63); *iv*) assimetrias informacionais graves: esta falha de mercado consubstancia-se no desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas na troca, de modo tão grave que impede o intercâmbio. Um exemplo seria o de um vendedor de carros usados que conhece bem mais do que um eventual interessado as qualidades e defeitos dos veículos.

isto sem contar que, em última análise, a empresa tem a obrigação de compatibilizar suas atividades e operações com os princípios da dignidade das pessoas e da solidariedade.

Dá dizer-se que a empresa moderna, mais que um feixe de contratos firmados entre todos os *stakeholders*, consubstancia-se em uma instituição em condições de estabelecer arranjos e rearranjos cooperativos. Os agentes podem perfeitamente adequar os estatutos às boas práticas de governança para reduzir conflitos e, conseqüentemente, tornar possível um planejamento institucional inovador e sustentável, mantendo a paz social, aumentando os investimentos e os ganhos coletivos, como propugnou Douglass North (1990).

Se para o Direito Privado esta postura mostra-se bastante razoável, Marcos Vinício Chein Feres (2013b, p. 88.) acredita que também no plano do Direito Público a adequada institucionalização “serve para reconfigurar a natureza das políticas públicas, na medida em que a intervenção do Estado segue sendo limitada por contornos político-institucionais”.

J. J. Gomes Canotilho (2008, pp. 325-34), tratando do tema boa governança corporativa no âmbito do Direito Público, adverte que

[...] *good governance* significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direcção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado, como o poder legislativo e o poder judicial.

O Brasil vive um dilema crônico, centrado na ausência de efetiva implementação de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, haja vista a enormidade de normas de eficácia contida existentes no texto constitucional sem qualquer regulamentação. A par da iniquidade social e do desrespeito ao princípio da legalidade pelo próprio Estado, o modelo de democracia adotado pelo constituinte não se aperfeiçoa plenamente em razão da ausência de eficiência, efetividade e eficácia das ações governamentais, que, sem dúvida, criam um *apartheid* social, ampliando diferenças e não permitindo a consolidação do ideal democrático.

A má-governança no plano do direito público, com repercussões nas relações privadas, indica o descumprimento estatal da “legalidade” criada pelo próprio Estado. A saber, a “institucionalização” de um estado de exceção dentro do Estado Democrático de Direito, contempla o que Guillermo O’Donnell (1991) chamou de “cidadania de baixa intensidade”, própria de países periféricos, onde direitos políticos são respeitados em detrimento do não reconhecimento de direitos liberais e sociais à grande maioria dos cidadãos, fazendo com que

o sistema político mostre-se capaz de apenas produzir uma legalidade abrangente das diversas dimensões de direitos fundamentais, sem promover e respeitar a força normativa desses valores, a fim de implementar todos os direitos em jogo¹².

5. DIREITO EMPRESARIAL E INOVAÇÃO

O processo de inovação aplicado ao Direito, segundo Feres (2013a, p. 9), deve estar associado a uma investigação acerca do arsenal tecnológico construído nos últimos séculos, ainda mais se levarmos em conta que o mundo passou a conviver com inúmeros e maiores conflitos e riscos extremos. Defende, ainda, a importância de que a academia estabeleça uma discussão crítica sobre Estado/Empresa/Sociedade Civil, condenando a mera reprodução acrítica. Na verdade, Marcos Feres deseja a exposição do tema dentro de um debate substancial e cáustico onde deverão ser indicados os retrocessos, pontuados os avanços, reconstruindo-se criticamente o Direito através da adoção de uma metodologia adequada e inovadora que não se afaste da Filosofia, da Sociologia, da Política e de outras reflexões próprias das ciências naturais e sociais, atendendo-se à interdisciplinaridade.

Disse mais o autor que

Compreender, analisar e criticar a tríade Estado, Empresa e Sociedade Civil exige esforço teórico-substancial, a fim de se alcançar um resultado inovador, nos diferentes processos de análise, aplicação e criação do direito. Em síntese, essa é a exata dimensão da inovação em ciências sociais aplicadas, como o Direito (FERES, 2013a, p. 11).

6. CASOS TÍPICOS DE INOVAÇÕES REALIZADAS NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO PELO PODER LEGISLATIVO: ANÁLISE DE SUA ADEQUAÇÃO INSTITUCIONAL SOB O ENFOQUE DO PRAGMATISMO DE POSNER

¹² A tal fenômeno, Gomes Canotilho dá o nome de constituições semânticas, sendo aquelas entendidas como fechadas e de cunho meramente formal, que não consagram o conteúdo mínimo de justiça em termos materiais (CANOTILHO, 2003, p. 1095). Karl Löwenstein, realizando sua classificação ontológica das constituições, prefere denominar as constituições, cujo conteúdo normativo não se adequa à realidade social, de “nominais” e, de “semânticas”, aquelas que traem o significado do constitucionalismo moderno (LÖEWENSTEIN, 1965). Existe, ainda, a chamada constitucionalização simbólica do Prof. Marcelo Neves, que indica a insuficiente concretização do texto constitucional, pela apresentação, por parte dos governantes, de álibis (NEVES, 2011, p. 36-41).

Um interessante exemplo de inovação legislativa no campo do Direito Empresarial refere-se ao novo regime jurídico das demonstrações financeiras das companhias abertas (Lei 11638/07). O direito brasileiro, após a alteração (art. 177, LSA), passou a convergir com as normas internacionais de contabilidade de organismos como o IASB (*International Accounting Standards Board*) e o IFRS (*International Financial Reporting Standards*).

Sem adentrarmos nas reminiscências do novo sistema contábil, o fato é que, em resumo, as companhias brasileiras passaram a oferecer aos investidores os mesmos demonstrativos que as corporações instaladas na Europa Continental, no Reino Unido e na América do Norte oferecem, criando-se um ambiente de maior transparência, com redução das assimetrias de informação¹³, aumento da credibilidade e facilitação das operações no mundo globalizado.

Outra inovação, mais especificamente no âmbito do Direito Societário, seria a institucionalização da EIRELI¹⁴ pela Lei 12441/11, cuja finalidade foi a de limitar a responsabilidade do empreendedor, independentemente da necessidade de constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada (Ltda.), saída que, até então, era quase que exclusivamente adotada para trilhar o caminho da fraude, mediante a criação de pessoas jurídicas coletivas compostas por um sócio amplamente majoritário e outro, ou outros, detentor(es) de minúscula participação (meramente figurativa), a quem se chegou a cognominar de “sócio(s) de palha”.

Os incontáveis custos de agência¹⁵ que esta prática ilícita criava, eram, infelizmente, incentivados pelo próprio Estado, que omissa na regulamentação da proteção do patrimônio pessoal do empresário individual, acabava por “desregular” em razão da ausência de institucionalização adequada. Além de trazer ineficiência, insegurança jurídica e reforçar a não-transparência (face à concreta possibilidade de criação de contabilidades paralelas e fuga

¹³ Cf. nota 10.

¹⁴ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

¹⁵ Alexandre Di Miceli da Silveira define os custos de agência como os custos em que os acionistas incorrem para alinhar os interesses dos tomadores de decisão (gestores) aos seus. De acordo com Jensen e Meckling (1976), são a soma dos: i) custos de criação e estruturação de contratos entre o principal e o agente; ii) gastos de monitoramento das atividades dos gestores pelo principal; iii) gastos promovidos pelo próprio agente para mostrar ao principal que seus atos não lhe serão prejudiciais; iv) perdas residuais, decorrentes da diminuição da riqueza do principal por divergências entre as decisões do agente e as decisões que iriam maximizar a riqueza do principal. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/PerguntasFrequentes.aspx>. Acesso em: 25 ago. 2013.

de capitais através de *offshores*, com prejuízos ao Fisco, aos credores e à Sociedade Civil), o problema causava uma drástica diminuição da confiança no mercado.

Entretanto, a “inovação” trazida pela Lei 12441/11 é bastante controvertida, sendo apontada como modelo de péssima institucionalização, que de tão inadequada gera tudo o que se esperava exatamente afastar: ineficiência, insegurança jurídica, altos custos e infindáveis prejuízos. A nova lei cria um paradoxo e explicamos a razão:

Se o racionalismo crítico de Popper exige a busca de uma verdade através da confirmação de uma hipótese (e tal formulação é muito adequada para as ciências naturais, mas talvez não seja tanto assim para a Ciência do Direito), podemos então imaginar que o pragmatismo posneriano seja mais apropriado para, razoavelmente, afastando o formalismo popperiano, atuar em favor do Direito, enquanto instrumento de institucionalização e atividade não meramente conceitual, pois o direito positivo não surge da lógica pura; ao descrever um fato e prever uma sanção ou obrigação, deve ele ter por finalidade ultrapassar a conjugação destes dois elementos (fato-sanção), para atender às especificidades da complexidade da vida humana em sociedade.

Inovar, portanto, não deve ser apenas um ato vazio de reflexão das consequências práticas e do “pensar”, pois se “existir”, para o raciovitalismo, antecede a necessidade de justificação (pensada), é natural que a institucionalização realizada sem a devida análise dos prognósticos, inviabiliza todo o projeto de vida-bona da sociedade, que reclama efetividade, racionalidade, coerência e sistematicidade das regras de Direito Empresarial que interferirão nas relações negociais, estimularão ou não investimentos, cumprirão ou não as finalidades da Ordem Econômica.

Marcos Feres (2013a, p. 10), ao tratar de Direito e Inovação em obra coletiva, levanta a necessidade de que a ética empresarial seja formulada interdisciplinariamente pelos filósofos, economistas, juristas e administradores, com vistas não apenas à transformação das estruturas jurídicas e sociais das sociedades empresárias. Para muito além, o rigor metodológico deverá se aglutinar à preocupação de se compreender o processo de inovação sob o viés argumentativo: é dizer-se que o Direito cobra uma reconstrução dogmática crítica, com a utilização das ferramentas metodológicas corretas, respeitando-se a lógica, com minuciosa avaliação dos fatos e casos concretos.

Inúmeras impropriedades têm sido apontadas pelos doutrinadores especializados¹⁶ em relação à EIRELI, mas, certamente, a que nos mais chama a atenção é a positivação pelo art. 980-A, *caput*, do Código Civil da obrigatoriedade do chamado “capital social mínimo” de cem salários, que deve ser totalmente integralizado, sob pena de responder o empreendedor de forma ilimitada pela integralização (art. 1052, CC) e de não poder contar com a proteção de seus bens pessoais.

A matéria foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁷, ainda em trâmite, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) junto ao Supremo Tribunal Federal, onde se questiona a constitucionalidade do *caput* do art. 980-A do Código Civil diante de suposta violação ao art. 7º, IV, CR (que veda a utilização do salário mínimo como critério de indexação), e, também, ao princípio da livre iniciativa, em vista do cerceamento da atividade empresarial dos pequenos investidores.

Ressalta o Partido que a norma teria sido editada com a “finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, retirando o micro e o pequeno empreendedor do submundo da informalidade”, mas, entretanto, “acabou impondo uma limitação que não é apenas inconstitucional, mas também incompreensível”¹⁸.

Acrescentamos que a Lei 12441/11, apesar de visar uma finalidade específica de procurar inovar, de pretender corrigir omissão legislativa e de, aparentemente, atuar racionalmente (em princípio, atendendo-se aos preceitos popperianos), na verdade incorre em equívoco, pois, ao invés de responder às exigências do caso concreto, construiu uma regulação paradoxal e inaceitável.

A EIRELI não incentiva a regularização da atividade do pequeno empreendedor, não estimula a extinção da figura dos sócios de palha, não contribui para a diminuição da fuga e da circulação de capitais em nome de “laranjas” e para redução dos registros contábeis paralelos. Caminha na contramão, pois não examina as consequências práticas e não realiza uma prévia investigação da realidade. A Lei 12441/11 não atende ao pragmatismo posneriano,

¹⁶ Durante palestra no Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Relações do Trabalho e Inovações Tecnológicas da UFJF, no módulo “Falência e Recuperação Judicial”, no ano de 2012, o Prof. **Vinicius Marques Gontijo** criticou duramente a expressão “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, porquanto “empresa” seria a “atividade”, que não possui personalidade jurídica e patrimônio. Ao contrário, personalidade jurídica e patrimônio somente possuiriam a “pessoa jurídica” criada pela nova lei.

¹⁷ Cf. ADI 4637, STF.

¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186488>. Acesso em: 25 ago. 2013.

sendo descomprometida. Sua leveza de ser é a própria negação do movimento (tão esperado): é estática, tal a filosofia de Parmênides, a ponto de se merecerem.

Ao revés, a Lei 11638/07, considerando suas qualidades abordadas neste ensaio, corrobora a tese de que o Direito não pode ser tratado de maneira antiempírica¹⁹, ilógica, sem o atendimento aos anseios de eficiência, transparência e reflexão crítica, assim como defendem Posner²⁰ e Marcos Feres - que apesar de divergirem no campo das ideias, pois se apossaram de padrões jusfilosóficos distintos, partindo o primeiro de um parâmetro eminentemente pragmatista e o segundo de uma abordagem dworkiniana do Direito como Integridade²¹, conseguem, no mérito ou na intenção, convergir: ambos entendem que a institucionalização corrige falhas e tem por premissa a necessidade de inovação (POSNER, 2007, pp. 626-7) e a circunstância de que os direitos sociais e econômicos devem ser levados à sério (FERES, 2013b, p. 74).

CONCLUSÃO

Seguindo a tese do pragmatismo jurídico de Richard Posner, as normas jurídicas devem ser interpretadas e criadas de forma não contemplativa ou meramente formalista, mas devem ser testadas pelo critério pragmatista das consequências práticas.

¹⁹ Maria Helena Diniz adverte que “o raciovitalismo jurídico é fiel ao normativismo, pois a ciência jurídica deve estudar normas; porém, como estas são concebidas como objetivação vital, tal corrente propugna uma nova lógica jurídica que considera o direito em sua dialeticidade, sendo regida pelos princípios consistentes em regras de adequação não só entre a realidade e os valores, fins e propósitos, mas também entre propósitos e meios, meios e sua correção ética e eficácia” (DINIZ, 2005, p. 97).

²⁰ A filosofia moral, para Posner (2007, p. 466), é em grande parte um metadiscurso, que tem muito pouco a oferecer ao direito em termos de respostas a questões jurídicas específicas ou mesmo de suporte em geral.

²¹ De acordo com Stephen Guest (2010, pp. 51-2), a integridade existe em dois níveis. Ela é um princípio legislativo que diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas e um princípio adjudicativo que diz aos juízes, portanto, aos advogados, que façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente. No que se refere à filosofia do direito, é o princípio adjudicatório que tem mais interesse. A ideia é entendida da melhor maneira pelo exame do conhecido modelo de juiz ideal de Dworkin, um juiz que é superinteligente e extremamente diligente, ao qual ele dá o nome de ‘Hércules’. Hércules é um juiz ideal de forma que não faz sentido supor que ele realmente exista. (...) Hércules ... é um indicador muito mais complexo daquilo que vale como direito do que o claramente concebido e franco critério da regra de reconhecimento. Por meio de Hércules, Dworkin pode apenas fornecer um *esquema* de argumento que alguém usaria em um tribunal. Ele não é capaz de fornecer um conjunto de premissas das quais conclusões podem ser extraídas por meio de dedução, pela razão de que ele não pensa que o direito seja assim. Sua teoria é crítica desse tipo de compreensão positivista e formalista que seria, a seu ver, muito simples. Em síntese, se um juiz atua conforme o sistema jurídico, se acata a autonomia da lei, deve, por responsabilidade política, aceitar alguma teoria política geral que justifique suas práticas.

Posner (2007, p. 606) sustenta que o juiz pragmatista seria “mais inovador, mais ousado e, portanto, mais voltado para o futuro”. O legislador pragmático, podemos assim concluir, seria mais objetivo, não essencialmente preocupado com uma “verdade” formalista, mas um observador independente e flexível, capaz de analisar concretamente os problemas e buscar soluções institucionais inovadoras, mostrando-se resistente às forças reacionárias, de maneira a atender às diretrizes da Ordem Econômica, respeitando os valores, a ética, promovendo o desenvolvimento sustentável, privilegiando as decisões metodologicamente corretas e eficientes.

Há em Direito, segundo Posner, “uma tendência a olhar retroativamente e não prospectivamente – a buscar as essências e não a seguir o fluxo da experiência”. Assim, mesmo que as consequências do Direito sejam de difícil mensuração, incumbe ao legislador, ao intérprete e ao pesquisador, realmente comprometidos com a solidificação do mercado, do ordenamento jurídico e de toda a sociedade, procurar dimensioná-las, modernizando o sistema jurídico, tornando-o mais científico, evitando fracassadas tentativas de inovação institucional, como no caso específico da EIRELI, enfim, como defende Recaséns Siches, orientar-se pela razão, compreendendo os fins relacionados aos meios, vinculando esta interdependência aos valores contidos nas normas, sem olvidar que os elementos desse diálogo têm sua origem e destino diretamente ligados à experiência da vida humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: CEPC, 2002.

BORBA, J. E. T. *Direito societário*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI questiona lei que permite criação de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=186488>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4637. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp?numero=4637&classe=adi&origem=ap&recurso=0&tipojulgamento=m>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

_____. Lei 10406/02. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2013.

_____. Lei 11638/07. Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte

disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111638.htm.> Acesso em: 23 ago. 2013.

_____. Lei 12441/11. Altera a Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12441.htm> Acesso em: 24 ago. 2013.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade*, Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Princípios do Direito Comercial*, com anotações ao Projeto de Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed/Bookman, 2010.

DINAMARCO, C. R. *Instituições do Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERES, M. V. C. Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade – breve introdução. In: BANNWART JR. C. J.; FERES, M. V. C.; KEMPFER, M. (Org.). *Direito e inovação*, Estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2013a.

_____. Regulação, intervenção do Estado na economia e políticas públicas: uma leitura crítica a partir do direito como identidade. In: _____. *Direito e inovação*, Estudos críticos sobre Estado, Empresa e Sociedade. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2013b.

FERREIRA SOBRINHO, J. W. *Crítica à doutrina tradicional do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

FINKELSTEIN, M. E. R.; PROENÇA, J. M. M. (Org.). *Gestão e controle*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, J. L. B. *A Lei das S.A.*, pressupostos e elaboração. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*, Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. São Paulo: RT, 2008.

- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial de empresa*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa*, novos estudos CEBRAP. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/publicacoes/11566.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2013.
- POPPER, Karl. *Realismo y el objetivo de la ciencia, post scriptum* A La Lógica de la investigación científica. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- POSNER, R. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1982.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1959.
- _____. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1963.
- _____. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.