

# **A EMPRESA INFORMAL E A CRIAÇÃO DE SOCIEDADES NO DIREITO BRASILEIRO**

## **~~THE INFORMAL FIRM AND THE CREATION OF THE COMPANIES IN THE BRAZILIAN LAW~~**

**Eduardo Silva Bitti\***

### **RESUMO**

O texto aborda de maneira sucinta a atual situação da empresa informal no universo jurídico brasileiro como receptáculo da atividade econômica, com cerne em ponderações relativas às sociedades. Cabe aqui uma analogia entre as instituições, explicando-as de modo a entender como os limites impostos pelo Estado - quanto à iniciativa econômica – poderiam ser capazes de permitir uma maior segurança para os direitos de propriedade, o que justifica a intervenção estatal nas relações privadas por intermédio de uma maior regulamentação. Assim, mostra-se, objetivamente, que a discussão de conceitos já apresentados pela doutrina, utilizando-se de breve digressão na disciplina de Direito e Economia, serve de parâmetro para a explicação sobre como a estrutura societária, apesar de livre quanto ao surgimento, somente sobrevive por adequação a preceitos legais, como a imposição do respectivo registro.

### **PALAVRAS CHAVES**

EMPRESA INFORMAL; SOCIEDADES; CRIAÇÃO.

### **ABSTRACT**

The text approaches by a concise way the current informal firm situation in the Brazilian law universe as economic activities container with mark in reflects related to

---

\* Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (MG), com especialização em Direito Civil pelo Unesc (ES), professor de Direito Empresarial da Fundação São João Batista (ES), advogado.

the companies. It's appropriate here a resemblance among the institutes, explaining them such to permit how the limits imposed by the State - as for the economic initiative – could be able to permit a higher security to the property law regulation, what justifies the state intervention on private relationship through a greater regulation. Therefore, it shows, straightaway, that the discussions of concepts immediately presented by the doctrine, using a soon digression in the Law and Economics subject, serves as reference to the explanation about how the corporation framework, besides free as for the appearing, only survives by rectitude to the legal rules, as the imposition of the respective certificate.

## **KEYWORDS**

INFORMAL FIRM; COMPANIES; CREATION.

## **INTRODUÇÃO**

As derivações da teoria jurídica da empresa trazem à tona as assertivas destinadas a solucionar qual a verdadeira posição das sociedades no contexto infraconstitucional. Talvez a compreensão do que seria atividade empresarial, por si só, tivesse grande valia, graças ao enfoque econômico do assunto.

Este trabalho busca exatamente apurar quais seriam as variáveis da criação de sociedades no direito brasileiro, a partir da ótica dos contratos e dos direitos de propriedade, pontos norteadores para uma justificativa da necessidade do registro para uma possível personificação societária.

Para tanto, divide-se o tema em duas partes, a liberdade de contratação em mercados e a sociedade no questionamento do que é a empresa.

## **1 A LIBERDADE PARA CONTRATAR EM MERCADOS**

De maneira interessante, o atual Código Civil<sup>1</sup> traz sob a expressão “Direito de Empresa” o fruto de um trabalho feito durante a parte final do Século XX na

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei n. 10.406/2002. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 10 set. 2007.

tentativa de reestruturar a antiga codificação de 1916, pautada no individualismo, característica daquele momento histórico pelo qual passava o Brasil.<sup>2</sup>

A inclusão da matéria, mais que isso, foi uma busca sem sucesso pela unificação do direito privado<sup>3</sup>. Certamente que o direito civil regula os conceitos sobre as relações jurídicas e os invoca sempre que pessoas, também por ele reguladas, decidem por interagir. Ocorre que o direito de empresa, por seu turno, releva-se por exprimir especificidade e por merecer destaque ao abrigar preceitos ligados a interesses estritos à economia.

A inclusão do direito de empresa no código civil de 2002 leva o estudo a um direcionamento sobre o sentido utilizado pelo legislador. Se for certo que na prática a unificação pretendida não alcançou êxito<sup>4</sup>, também o é que algum sentido haveria de ter tal pretensão.

De grande valia é a observação a respeito da nova lei quanto à menção relevada a elementos como a função social dos contratos e a da propriedade, liames de relações jurídicas com a Economia, em especial, no que tange ao direito empresarial.

Os contratos são a corporificação dos negócios jurídicos e servem de elo para as vontades dos agentes que, invariavelmente, deles se utilizam para a troca econômica, a produção de riqueza. São os instrumentos para o deslocamento dos direitos de propriedade inerentes aos agentes econômicos e dependem dos níveis de *enforcement*, coação advinda da lei ou próprio instrumento contratual, para serem eficazes.

---

<sup>2</sup> “Nesse contexto, o Código Civil de 1916, cuja concepção original foi elaborada por CLÓVIS BEVILÁQUA em 1899 (discutidos anos a fio no Congresso Nacional, oportunidade em que receberia a influência humanista de RUY BARBOSA, como visto) traduz, em seu corpo de normas tão tecnicamente estruturado, a ideologia da sociedade agrária e conservadora daquele momento histórico, preocupando-se muito mais com o *ter* (o contrato, a propriedade) do que com o *ser* (os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana)” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. I. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 44).

<sup>3</sup> Como reflete JOSÉ JAIRO GOMES, a visão unitária dos ramos jurídicos civil e empresarial é deficiente “[...] porque, a unificação legislativa não poderia implicar a perda da autonomia científica desse importante ramo do Direito Privado.” (*Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p.106).

<sup>4</sup> Finaliza Rubens Requião, em passagem que comenta o relatório do então projeto do atual código civil: “[...] é óbvio que a unificação do direito das obrigações não significa a abolição da vida mercantil” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. I. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21)

Conforme predispôs FRANCESCO CARNELUTTI<sup>5</sup>, a sanção somente encontraria êxito mediante a criação de um interesse à obediência, a coação, aonde aquele que desobedecesse tivesse a certeza de que seria punido.

Em *paper* levado à conferência da International Society for New Institutional Economics - ISNIE, em 2006, RAQUEL SZTAJN<sup>6</sup> refletiu que o novo código civil não foi uma réplica completa do *Codice Civile* italiano<sup>7</sup>, mas primou por abordagem destinada exatamente a unificar a disciplina obrigacional e contratual, tal qual o legislador daquele país procurou fazer. Notadamente, como fruto da mentalidade peninsular, a norma brasileira dela derivou-se para abrir largo caminho para uma maior intervenção do Estado nas relações econômicas de cunho empresarial, ou seja, sobre os contratos analisados sob essa ótica.

Em busca de uma solução para desequilíbrios econômicos nos casos concretos, o intervencionismo estatal se exacerba sob a justificativa de corrigir possíveis erros quanto aos negócios jurídicos voltados a mercados. Afinal, “competição e equilíbrio entre os agentes podem ser a chave para a compreensão da Economia”, como disseram UGO MATTEI, LUISA ANTONIELLI e ANDREA ROSSATO<sup>8</sup>.

A favor da referida causa estatal está o fato de que fosse o ambiente negocial algo pacífico, talvez as relações jurídicas nele contidas também fossem situações onde os agentes econômicos pudessem se conformar com as trocas econômicas realizadas<sup>9</sup>, posto que as mesmas seriam *perfeitas, ótimas*<sup>10</sup>. Haveria sempre a satisfação por parte

---

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Traduzido por A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p.108.

<sup>6</sup> SZTAJN, Raquel. *What a new law should not accomplish*. ISNIE 2006: Institutions: Economic, Political and Social behavior. Boulder, Set. 2006. Disponível em <[www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/04.5/sztajn.pdf](http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/04.5/sztajn.pdf)>. Acesso em 20 de agosto de 2007).

<sup>7</sup> ITÁLIA, *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it>>. Acesso em: 20 set. 2007.

<sup>8</sup> Em tradução livre de: “*Competition and equilibrium among market actors may be the key to understanding economics*” (*Comparative Law and Economics*. Encyclopedia of Law & Economics. p. 510. Disponível em <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>. Acesso em 3 set. 2007).

<sup>9</sup> GASPAR ARIÑO ORTIZ destaca que a razão primeira para intervenção do Estado se situa no fracasso do mercado e na necessidade imperiosa de recriá-lo. Segundo ele: “a intervenção teve por finalidade justamente garantir a livre competição no mercado, dando-lhe consistência. O Estado veio assumir tarefas que, sem a sua interferência, poderiam constituir-se em perturbadoras do funcionamento adequado do mercado: a existência de monopólios naturais, de estruturas de mercado não competitivas (monopólio de fato, abuso de posição dominante, distribuição assimétrica de informação...), bens públicos e externalidades.” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economia y Estado: crisis del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, *apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 276).

<sup>10</sup> Alusão ao padrão de medida de eficiência denominado “Ótimo de Pareto”, criado por Vilfredo Pareto, que diz que em uma troca econômica, ou série dela, o aumento do bem-estar do indivíduo aliado à ausência de piora do quadro da outra parte em relação ao estado anterior ao ato tem como resultado uma

dos contratantes, no que faria com que a presença de sujeitos ou lugares intermediários, como é o caso dos mercados, não fosse necessária<sup>11</sup>.

Como situa RAQUEL SZTAJN, no entanto, os agentes tendem a pender a balança de interesses para o lado mais conveniente em desfavor ao outro pólo da relação, de acordo com cada negócio jurídico celebrado, tornando-o imperfeito<sup>12</sup>.

Percebe-se que a liberdade de iniciativa para a criação de organizações pode obter um caráter se destina unicamente ao interesse individual, contrário aos condicionamentos constitucionais destinados a assegurar os ditames da justiça social.<sup>13</sup>

Duas soluções seriam dadas ao problema. A primeira, o Estado assumiria os fatores de produção e substituiria os agentes econômicos em todas as relações criadas. Através dessa ingerência direta, o Estado passaria a atuar como empresário, comprometendo-se com a iniciativa produtiva, seja sob a forma de empresa pública, seja como sociedade de economia mista. Sob estas duas formas, inclusive, pode ele atuar em regime concorrencial, em que há equiparação aos entes privados, ou mesmo, a caracterização de um regime monopolístico sobre o ramo empresarial verificado, como lembra JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA<sup>14</sup>.

A segunda, mais utilizada, ele cede suas funções à iniciativa privada para que ela se desenvolva e possa fornecer ao Poder Público parte de seus ganhos<sup>15</sup>, por meio de tributação das atividades, dentre outras formas.

Em ambos os casos há um espectro no qual o poder intervencionista estatal pode oscilar, de acordo com as especificidades do mercado em questão, como ocorre,

---

operação considerada eficiente. As críticas a esta teoria podem ser encontradas na obra de LOUIS KAPLOW e STEVEN SHAVELL (Cf. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *The conflict between notion of fairness and the Pareto Principle*. American Law and Economics Review. v. 1. n.º 1 e 2, p. 65, Fall, 1999, *apud* SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa*. Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas. 2004, p. 44): “*Under the Pareto Principle, if every person is better off under onde policy then under another, the former is deemed to be preferable*”.

<sup>11</sup> No fim do Século XIX foi criada na Inglaterra a Teoria Neoclássica à qual se filia o comentário apresentado. CALIXTO SALOMÃO FILHO (*Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56-57) lembra que essa teoria econômica explicava que o preço dos produtos variavam em função do valor dado ao bem pelo último consumidor, chamado de marginal, em detrimento à idéia de que a responsabilidade por tal feito seria dos custos de produção.

<sup>12</sup> Cf. SZTAJN, Raquel. *op. cit.*, p. 44.

<sup>13</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

<sup>14</sup> Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *op. cit.*, p. 281.

<sup>15</sup> Por essa alteração de competência para atuar como agente na economia, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA ressalta a caracterização de uma intervenção indireta, por meio de normas “[...] que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, como se verá, é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação no Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal.” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *op. cit.*, p. 280-281).

v.g., no caso de companhias como o BANCO DO BRASIL S/A e a PETROBRÁS S/A, ou ainda, nas hipóteses de agências reguladoras como a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL - e a AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL.

Discussão de faces distintas, ao mesmo tempo em que se manifesta essa ordem substitutiva do Estado como agente, dá-se a proporção em que o mesmo tende a bloquear a liberdade de seus sucessores de modo a regulá-los.

O excesso de regras, por sua vez, acabaria por limitar a vontade desses agentes em empreender nesses terrenos muito regulados, em que o relacionamento com outros interessados sempre passasse por mediação estatal. Motivar os atores desse cenário a aumentar a produção de riquezas e ao mesmo tempo designar os limites de suas atividades eram os desafios que couberam ao legislador brasileiro de 2002, na medida em que teve de fazer a escolha por um padrão de comportamento reticente ao direito empresarial<sup>16</sup>.

Nessa conjuntura, lembra-se NORBERTO BOBBIO<sup>17</sup>, quando o mesmo afirmou quanto à intervenção do Estado na economia como sendo uma atividade promocional, com vista a dirigir o complexo econômico, naquilo que evolui de mera proteção a um caráter programador, baseado na livre iniciativa, conforme disposição do artigo 170<sup>18</sup> da Constituição Federal de 1988.

### **3 A SOCIEDADE NA QUESTÃO DA EMPRESA**

O papel da empresa seria assim o fluxo para o qual seguiria o direito à livre iniciativa, o qual se traduziria na possibilidade de exercício de uma atividade econômica privada, mediante a liberdade de criação e gestão de sociedades empresárias.

A liberdade de criar e gerir admitiria restrições, as quais resultam das normas constitucionais ou das leis inferiores, restrições estas justificadas ou pela necessidade de

---

<sup>16</sup> SZTAJN, Raquel. *op. cit.*, p. 29.

<sup>17</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura all'azione*. Milão: Ed. Di Comunità, 1977, p. 80, *apud* BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da pessoa jurídica*. Niterói: Ímpetus. 2004, p. 25)

<sup>18</sup> O artigo 170 expõe de pronto em sua redação que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (Cf. BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br). Acesso em: 10 set. 2007).

proteção do interesse público em geral, ou pela necessidade de proteção de grupos econômicos que tenham relação específica com a atividade empresarial<sup>19</sup>.

Na empresa, todos os contratos, em relação ao direcionamento de recursos, cruzar-se-iam como pequenos feixes, como situou RONALD H. COASE<sup>20</sup>. Com os relacionamentos entrelaçados, haveria uma maior capacidade de produção de efeitos, ao contrário do que ocorreria se estivessem isolados. Em função de tal entrelaçamento, importa destacar, cria-se um sujeito operante de valores inerentes à Economia, o empresário.

Tal qual se extrai do artigo 966 do vigente código civil<sup>21</sup>, na empresa há um ambiente contratual onde é desenvolvida atividade econômica, de maneira profissional, sob a forma de organização dos fatores de produção e serviços voltados a mercados, uma assertiva que justifica o seu posicionamento, por alguns<sup>22</sup>, como objeto nas relações jurídicas a ela inerentes.

Essa representação geométrica liga-se, desse modo, a outro local ideológico, maior, chamado mercado, que também possui base contratual e é considerado como ambiente no quais se inserem os agentes econômicos. Ele não é um local natural, é criação do direito para propiciar a circulação de bens, o que lhe propicia aproximação com a atividade empresarial, dela sendo intermediário<sup>23</sup>.

Esse *locus*, quando formalizado, deixaria exposta uma condição de espaço estruturado de maneira vertical, naquilo que poderia chamar-se de hierarquia da firma. Supostamente, seria assim proporcionada uma amenização da tensão entre ela e outras instituições por meio de um aumento na disciplina interna da própria organização, ou seja, com o aparecimento de regras sobre os interesses comuns nela inseridos.

PETER G. KLEIN<sup>24</sup> argumenta que isso poderia resultar em um aumento nos custos burocráticos, como as dívidas fiscais, e por consequência, num desajuste - o

---

<sup>19</sup> Cf. BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO; PEREIRA, Marcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

<sup>20</sup> “A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur” (COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, v.4, nº 16, Londres, 1937, p. 393. Disponível em [www.jstor.org](http://www.jstor.org). Acesso em 04 de setembro de 2007).

<sup>21</sup> *Op. cit.*

<sup>22</sup> Sobre o assunto, leiam-se SÉRGIO CAMPINHO (*O direito de empresa à luz do novo código civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11), e ROMANO CRISTIANO (*Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 253).

<sup>23</sup> Cf. SZTAJN, Raquel. *op. cit.*, p. 49.

<sup>24</sup> Cf. KLEIN, Peter G. *New Institutional Economics*. *Encyclopedia of Law & Economics*. 1999, pp.468-469. Disponível em <<http://users.ugent.be/~gdegeest/0530book.pdf>>. Acesso em 12 set. 2007.

chamado *tradeoff* - entre o mercado e a própria hierarquia, o que, conclui-se, justificaria um possível fomento ao acréscimo na quantidade de contratos informais, como as sociedades em comum.

Essa possibilidade aconteceria em função do próprio conceito de empresário, fornecido pela legislação de 2002, em seu artigo 966<sup>25</sup>, uma vez que não impede a atuação daqueles que não possuem o respectivo registro. O fenômeno possui reflexo observado na criação de sociedades, negócio jurídico plurilateral<sup>26</sup>, que por si só não prescinde da vontade estatal para sua criação.

O relacionamento entre a sociedade e a hierarquia privada, cumulado ao seu direcionamento feito a mercados, identifica a forma societária, portanto, como empresária, o sujeito em relações jurídicas em seu ramo de atuação. Logo, Apesar da visão estatal sobre o assunto, por mais que aqui se apresentem concepções sobre intervenção econômica, não se condiciona o contrato social ao registro do agente, ao menos, em se tratando de exercício ou não de empresa.

Isso ocorre, primeiro, porque o Estado não pode agir sobre a vontade dos interessados, sobre a formação do próprio contrato que faz surgir a estrutura societária. Segundo, pois a prática disseminou a existência de fato de algumas organizações, o que foi matéria de pesquisa bem antes da nova legislação<sup>27</sup>.

Questiona-se assim, se é possível afirmar que em tais ambientes, como existem menos regras internas capazes de aumentar a segurança das transações, há um possível aumento nos custos e na incerteza da continuação do negócio?

A fuga do registro perante o Poder Público poderia favorecer a sociedade de fato, em termos concorrenciais, a sofrer menor influência de elementos derivados da regularidade, como a vigilância estatal e o pagamento de impostos, o que é relacionado

---

<sup>25</sup> O artigo 966 (BRASIL, Lei n. 10.406/2002. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 10 set. 2007) preceitua que “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. É possível incluir na análise uma série de disciplinas diferentes como é o caso das relações de consumo e outras questões de cunho constitucional, como são as discussões sobre efeitos ambientais das atividades das organizações e a proteção dos direitos do trabalhador.

<sup>26</sup> JOÃO EUNÁPIO BORGES acentuava que o instrumento contratual da sociedade era ato complexo, ato coletivo ou negócio coletivo (*Curso de direito comercial terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 258). Assim é que a vontade dos contratantes era filtrada com vistas a um mesmo objetivo, onde cada um daqueles se obrigaria perante todos os demais pelas obrigações societárias, naquilo que resultará num novo sujeito de direito.

<sup>27</sup> Cf. MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 28 ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 173.

aos chamados custos de transação<sup>28</sup>. Esta verificação induz ao pensamento de que, a primeira vista, a clandestinidade é atrativa.

Por isso, diga-se, presentes os requisitos que compõem a organização da atividade sujeita a registro, as sanções estatais deveriam estar aptas a atuar sobre a estrutura da sociedade. Macular a viabilidade da continuação dos contratos informais e incentivar a formalidade, contudo, são expressões que só encontram sentido sob a influência de mecanismos de *enforcement*.

Duas seriam possíveis soluções já fornecidas pela lei, a ausência de limitação de responsabilidade dos sócios e a falta de personificação societária.

Ao se considerarem as sociedades sem registro como hierarquias sem personalidade jurídica, como a legislação o faz, a principal discussão recairia sobre uma possível anulação dos negócios jurídicos, o que não ocorre. A doutrina, a lei e a jurisprudência brasileiras encontraram um modo de evitar a discussão sobre a falta de capacidade, inclusive a de exercício, posicionando os exemplos de irregularidade como os de simples sujeitos de direito em relações jurídicas específicas<sup>29</sup>, até como meio de salvaguardar direitos de terceiros que se relacionam perante aos contratos sociais informais.

A validação dos negócios jurídicos celebrados pela sociedade interessaria, enfim, ao desenvolvimento de meios de definição e preservação dos direitos de propriedade<sup>30</sup>.

O ideal societário, entretanto, apoiado basicamente sobre os alicerces da boa-fé objetiva dos contratantes, onde as partes devem guardar entre si o respeito e a lealdade que se esperam em um padrão médio de comportamento<sup>31</sup>, tenderia a ser frontalmente atacado por esse tipo de comportamento legal.

---

<sup>28</sup> A intenção de se saber a respeito dos custos de transação está atrelada à chamada Nova Economia Institucional que veio a substituir, em termos econômicos, a teoria Neoclássica. Pela nova corrente doutrinária, como ressalta CALIXTO SALOMÃO FILHO, “inclui-se também o próprio mercado e as formas de realização dos negócios e trocas em seu interior” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.*, p. 58).

<sup>29</sup> O conceito de sujeito de direito revela um vínculo de atributividade pelo qual se fornece legitimidade ao ente tanto material, como processual, para a figuração em relações jurídicas (Cf. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2006, p. 89).

<sup>30</sup> Cf. MUELLER, Bernardo *et al.* *Economia dos direitos de propriedade*. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZATJN, Decio. [org]. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005., p. 90.

<sup>31</sup> Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 66.

Vale a lembrança, em tempo, de que alguns tipos de sociedades personificadas empresárias – no caso das em nome coletivo<sup>32</sup>, ou em comandita simples<sup>33</sup>, mesmo registradas não prevêm a proteção para os próprios sócios contra as dívidas sociais, como a limitação de responsabilidade.

Um argumento que poderia ser utilizado em defesa da personalidade jurídica estaria localizado em matéria tributária, em virtude da necessidade de, em muitas situações, ser necessário o destaque de comprovantes de negociação, como a nota fiscal. Tais certificações transacionais somente encontrariam lugar na empresa regularizada, em que pese acarretar sanções às pessoas naturais que a empreenderam, pelo não pagamento dos respectivos tributos.

Logo, ao ser analisada, a personalidade jurídica parece distanciar-se da disciplina de direito empresarial. Com o seu questionável aproveitamento, pois, ganha importância a ausência de proteção ao patrimônio dos sócios.

Sem proteção, os direitos de propriedade colocados na linha de fogo do risco econômico da atividade prestada pela pretensa hierarquia de fato<sup>34</sup>, qualquer seja a natureza da obrigação devida, estabelecem instrumento que talvez seja o único real desestímulo à informalidade suscitada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas à perfeição das relações jurídicas, teses contrárias à teoria econômica Neoclássica, servem para lembrar que a formatação de contratos deve levar em consideração a possibilidade de comportamento oportunista de agentes, o que corrobora para criação de hierarquias privadas formais.

Sob essa ótica, o Estado promove uma intervenção variável sobre a tentativa de se disciplinar a empresa, feixe de contratos voltados ao desempenho de atividade

---

<sup>32</sup> A responsabilidade dos sócios na sociedade em nome coletivo é prevista pelo artigo 1.039 do Código Civil (*op. cit.*), cuja disposição prevê que “somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”.

<sup>33</sup> Eis a redação do artigo 1.045 do Código Civil (*op. cit.*): “Na sociedade em comandita simples tomam parte sócios de duas categorias: os comanditados, pessoas físicas, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais; e os comanditários, obrigados somente pelo valor de sua quota”.

<sup>34</sup> Um exemplo disso é a norma contida no artigo 990 do Código Civil (*op. cit.*) ao retratar sobre a sociedade em comum a qual “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade”.

organizada para trocas econômicas, e por conseqüência, do empresário, o sujeito que pode ser levado a registro, perante o Poder Público.

Nota-se, no entanto, que o fato de se registrar uma sociedade pode revelar a absorção de um acúmulo de obrigações para o empresário, que somadas, provocam efeitos, custos, sobre o preço final cobrado sobre as transferências, transações, dos direitos de propriedade.

De modo a evitar tal situação, o código civil estabelece que a atuação em mercado, ambiente para o qual se destina a atividade empresarial, independe do registro perante os órgãos governamentais. Validam-se os contratos informais ainda que as sociedades fáticas, hoje denominadas sociedades em comum, não tenham personalidade jurídica, o que ocorre por meio do fato de que o ente não registrado é aceito para ocupar o papel de sujeito nas relações jurídicas negociais.

Assim, na prática, pode haver para a hierarquia privada uma diminuição total ou parcial dos custos de transação relacionados às dívidas perante o Estado, como as obrigações fiscais.

Por outro lado, seria verificada uma completa ausência de limitação de responsabilidade para os sócios, hipótese em que é escolhida uma estrutura não protetora ao patrimônio dos referidos indivíduos, o que aparenta ser a principal arma de coação estatal para desestimular a não regularidade da empresa, desenvolvida sob a forma de sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Gustavo. *Relativização da pessoa jurídica*. Niterói: Ímpetus. 2004.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO; PEREIRA, Marcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 10 set. 2007.
- BRASIL, Lei n. 10.406/2002. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 10 set. 2007.

- BRASIL, Lei n. 11.101/02. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br)>. Acesso em: 10 set. 2007.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Traduzido por A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, v.4, nº 16, London, 1937, p. 393. Disponível em: <[www.jstor.org](http://www.jstor.org)>. Acesso em: 4 set. 2007.
- CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2006.
- FERRARA JR, Francesco; CORSI, Francesco. *Gli imprenditori e Le società*. 9. Ed. Milano: Giuffrè, 1994.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. I. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. v. III. 2 ed. São Paulo: 2006.
- GOMES, José Jairo. *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- ITÁLIA, *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it>>. Acesso em: 20 set. 2007.
- KLEIN, Peter G. *New Institutional Economics*. *Encyclopedia of Law & Economics*. 1999, pp.456-489. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~gdegeest/0530book.pdf>>. Acesso em 12 set. 2007.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 28 ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 2002

- MATTEI, Ugo A; ANTONIOLLI, Luisa; ROSSATO, Andrea. *Comparative Law and Economics*. Encyclopedia of Law & Economics. pp. 506-538. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0560book.pdf>>. Acesso em 3 set. 2007.
- MUELLER, Bernardo *et al.* *Economia dos direitos de propriedade*. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZATJN, Decio. [org]. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. I. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa. Atividade empresarial e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. *What a new law should not accomplish*. ISNIE 2006: Institutions: Economic, Political and Social behavior. Boulder, Set. 2006. Disponível em <[www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/04.5/sztajn.pdf](http://www.isnie.org/ISNIE06/Papers06/04.5/sztajn.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2007.