

RESUMO

RESUMO: O direito comercial, mesmo como ramo autônomo do direito, está sujeito a influências externas à suas fontes, tal qual ocorre com as demais linhas do direito, influenciados diretamente pela normativa constitucional. Ainda no século passado, mesmo tendo posteriormente desistido de sua proposta, Cesare Vivante sugeriu a unificação do direito Civil e do Direito Comercial, certamente por perceber que entre as disciplinas havia certa afinidade de princípios. A autonomia do direito empresarial é sentida em todas as doutrinas da matéria, que superficialmente tratam da questão principiológica, não havendo rol que seja a ele relacionado. Mas estando inserido em um conjunto de regras, participando do ordenamento jurídico, não é sustentável que ele não seja tangenciado por princípios alienígenas, regras de analogia e hermenêutica, justificando a análise deste ramo do direito sob um novo prisma, conjunto de argumentos que começam a ser construídos a partir da edição da Constituição de 1988 e posteriormente pelo Código Civil de 2002. Estas duas construções trouxeram à baila a discussão de princípios de uma nova geração, determinados pela forçosa necessidade de baliza de uma sociedade ávida por relações transparentes, éticas, avessa à condutas baseadas em aleivosias. Deste ponto em diante, passamos a conviver com um Direito que se comunicava pois os ramos não estavam isolados, assim como não está o Direito Empresarial, que pode ser analisado também sob a ótica da Teoria dos Jogos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO COMERCIAL, RAMOS AUTÔNOMOS, PRINCÍPIOS, ANALOGIA, CONSTITUIÇÃO DE 1988, CÓDIGO CIVIL DE 2002, TEORIA DOS JOGOS, INFLUÊNCIA, PERMEABILIDADE.

ABSTRACT

ABSTRACT: The commercial law, exactly as independent branch of the right, is subject to external influences to its sources, such which occurs with the too much lines of the right, influenced directly for normative the constitutional one. Still in the last century, exactly having later given up its proposal, Cesare Vivante it suggested the unification of the civil law and the Commercial law, certainly for perceiving that it enters you discipline them had certain affinity of principles. The autonomy of the enterprise right is felt in all the doctrines of the substance, that superficially deal with the principiológica question, not having roll that is related it. But being inserted in a set of rules, participating of the legal system, he is not sustainable that it is not influenced by foreign principles, rules of analogy and hermeneutics, justifying the analysis of this branch of the right under a new prism, set of arguments that start to be constructed from the edition of the Constitution of 1988 and later for the Civil Code of 2002. These two constructions had brought to discussion the quarrel of principles of a new generation, determined for the forcible necessity of beacon of an eager society for transparent , ethical relations, averse to the behaviors based on breaches of trust. Of this point in ahead, we start to coexist a Right that if communicated therefore the branches was not isolated, as well as is not the Enterprise Right, that can also be analyzed under the optics of the Theory of the Games.

KEYWORDS: COMMERCIAL LAW, INDEPENDENT BRANCHES, PRINCIPLES, ANALOGY, CONSTITUTION OF 1988, CIVIL CODE OF 2002, THEORY OF THE GAMES, INFLUENCE, PERMEABILITY.

1. Introdução

Não mereceu a atenção dos doutrinadores até hoje a discussão quanto à questão principiológica balizadora do Direito Empresarial, restando confirmado que pela base do ordenamento jurídico, à Constituição lhe são confiadas algumas regras éticas.

De todo modo, admitindo que a dinâmica do Direito Empresarial exija comportamento diverso do que se espera para os demais ramos do direito, pois parte mesmo da racionalização da idéia de que a empresa deve buscar lucro, como pilar de sua própria existência.

Nesta busca, relaciona-se o empresário com o direito nas áreas trabalhistas, cível, penal, econômico, administrativo, bem como com outras ciências como a economia e a administração, demonstrando que para a sobrevivência da empresa, deve ter acurada visão mercadológica, equilibrando todas as necessidades de cada uma das áreas.

É por assim dizer, o senso da aplicação de elementos essenciais à todas estas áreas pois, caso ignore a aplicação de um elemento determinante, certamente terá resultados negativos relacionados ao negócio, seja em conseqüências diretamente sentidas, seja no acúmulo de passivos que determinarão menor sorte ao negócio.

Justifica-se neste ponto a furtiva existência de princípios próprios, o que faz dele o filtro dos interesses de todas essas atividades, compreendendo e justificando o fato de ser uma ciência dependente. Consectário lógico admite que qualquer que seja a ciência que traga benefícios à atividade empresarial, tenha aplicação direta na execução das atividades.

Não raro tem sido o estudo de mercados e comportamento dos consumidores à luz da gestão de grandes conglomerados empresariais quando operam mudanças que alcançam o modo de relacionamento do cliente e de suas mercadorias preferenciais. Caso recente nos acolhe ao exemplo da cervejaria alemã, líder no segmento, que ao transferir o controle acionário a um grupo belga, pela alienação de suas ações, viu sua fatia de mercado reduzida à menos de um décimo da disputa.

O que não esperavam os investidores eram os efeitos de um nacionalismo rígido, que não admitiam o consumo de um produto não pertencente a um grupo nacional. Tal fator, estratégico, escapou à análise dos fatores relevantes do negócio, representando significativos prejuízos.

A análise de mercados, comportamentos humanos, deslocamentos bélicos e um outro incontável grupo situações já foram e continuam sendo objeto do estudo das aplicações da Teoria dos Jogos, como forma de minimizar os impactos negativos de qualquer movimentação estratégica, estudando quais os prováveis comportamentos do sujeito / adversário envolvido naquela ação.

Propõe-se aqui então, não só a análise da permeabilidade do direito empresarial aos apelos principiológicos de outras disciplinas, mas também às influências necessárias da análise da teoria dos jogos à luz do direito empresarial com vistas a otimizar os resultados gerados pela sagaz atuação empresarial.

2. A questão principiológica no Direito Empresarial

A doutrina não aponta em análise íntima quais seriam os princípios norteadores do Direito Empresarial como acontece com boa parte das demais disciplinas, a exemplo do direito penal.

Mas já desde a constituição de 1988 é possível apontar quais seriam as expectativas do legislador constitucional em relação à atuação do empresário em relação à sociedade, sendo sublinhados valores que devem ser entendidos como princípios, destacando o valor social do trabalho e da livre iniciativa, já elencado no artigo 1º, inciso IV, interessando-nos a análise do trabalho como meio de realização da atividade empresarial.

Destaca-se que na análise de determinada situação, o empresário pode ter que sopesar entre a valorização do trabalho, sua manutenção e as respostas mais interessantes do ponto de vista do lucro, tendo por limite a princípio da eticidade. A pergunta é: posso, mas devo fazê-lo?

Passando pelos princípios da defesa do meio ambiente, soberania, função social da propriedade, propriedade privada, defesa do consumidor, liberdade ao exercício da atividade econômica, chegamos ao que nos interessa em especial que é a busca pelo pleno emprego e redução das desigualdades regionais sociais.

Mais uma vez nos deparamos com atitudes que refletem quão relevante é a atuação do empresário, de como suas atitudes devem, ao mesmo tempo, atender aos seus interesses e respeitar a responsabilidade depositada pelo legislador constitucional, pois nele deposita a responsabilidade de pelo menos contribuir com sua atividade para eliminar diferenças sociais.

A figura do empresário, como se percebe, é ator de uma ação que tem fim social, apelo econômico e que ainda deve pautar esta mediação de interesses por meio de princípios que hoje podemos extrair do código civil.

3. Autonomia do Direito Empresarial

Por oportunidade da análise da autonomia do Direito Empresarial, deparamo-nos com dois aspectos. O que menos nos interessa é o fato de ter este ramo do direito, menção autônoma na Constituição de 1988, destacado até do Direito Civil, no art. 22, I.

Com interesses maiores, podemos destacar que a autonomia deste ramo do direito decorre também da análise compartilhada de elementos externos ao direito, abrangendo sua observação para a economia, a política, a administração, contabilidade, finanças, mercado de capitais. Inserido no contexto jurídico, deve ainda compartilhar interesses com o Direito Constitucional, a quem deve respeito, além de dividir espaço com o Direito Civil, o Direito do Consumidor e, em relação indesejável, com o Direito Penal.

Tem assim características de relacionamento *sui generis* que o diferenciam de outros ramos do Direito, exigindo de seus operadores astúcia e visão apurada de todos os elementos, dando à operação empresarial características próprias que o colocam em conexão direta com estes outros elementos, justificando a afirmação de que mesmo sendo ramo autônomo, de forma indireta se sujeita aos princípios das áreas com as quais se relaciona.

Não podemos admitir a atuação empresarial, mesmo com a íntima finalidade do lucro, destituído da exigência constitucional de respeito às regras trabalhistas. Do mesmo modo assim, é esperado que em sua autonomia, transite por meios de melhor aproveitamento de suas forças.

Cooperando com a teoria de que o direito empresarial é ramo autônomo, Vivante, um dos maiores defensores da teoria unificadora, proposta no final do século XIX, anos mais tarde, já no século XX, analisando os princípios norteadores e interesses de cada uma das disciplinas do direito privado, recuou em sua proposta, defendendo que eram ramos autônomos do direito. Entre nós o nome que se destaca na discussão da autonomia do direito empresarial e também relacionado à unificação dos ramos do direito privado é Teixeira de Freitas.

Por este ponto devem ser mencionadas as teorias sobre as quais esbarra a discussão da autonomia. Estamos aqui falando das teorias Subjetiva, Objetiva e Mista das quais partem as análises dos atos de comércio e empresário.

Mas e como explicar a codificação de 2002, Código Civil? Em primeiro lugar, forçoso destacar ao estudante que a legislação de 2002 não foi exauriente no trato da matéria, deixando de fora temas como Falência e Títulos de Crédito, esses, superficialmente abordados, dentre outros tantos que interessam no estudo da matéria.

Ademais, nas linhas de Miguel Reale, devemos entender que ao balisar os elementos para a teoria que migra dos atos de comércio para a teoria que balisa a atividade comercial nos atos do empresário, art. 966 do Código Civil, buscou o legislador pautar a atuação do ser humano, à frente das atividades da empresa, dando linhas de que deveria, por estar inserido em tal codificação, acompanhar os princípios que passavam a reger o comportamento privado do homem.

Alcança-se com isso, a idéia de também ao empresário, são esperadas condutas que não frustrem a ideologia moderna do comportamento humano, frutos de uma evolução que teve início na Revolução Francesa, reflexos na Constituição de 1988, espaço no Código de Defesa do Consumidor de 1990 e inserção específica no Código Civil 2002. Estamos aqui dizendo claramente que é esperado do empresário uma conduta ética no trato com seus fornecedores e clientes, que tenha em mente a boa-fé objetiva na execução de seus contratos, ainda que o pano de fundo sempre seja o de lucro da empresa.

São novos parâmetros de uma atividade mais científica e menos orientada pelo *feeling* do empresário, agora ávida por informações técnicas advindas de outras ciências e inseridas em seu cotidiano tal como provado pela análise econômica à luz da Teoria de John Nash, estudo que rendeu um Nobel ao maior precursor da teoria matemática.

A autonomia não pode ser confundida com isolamento. Pressupõe, antes de tudo, conhecimento para desenvolvimento independente, o que para nós representa otimização de resultados.

4. Analogia no Direito Pátrio

Alheio a questão da existência ou não de analogia no direito, nitidamente necessitamos nos apoiar na declarada existência de lacunas para sugerir que ao direito empresarial não foram traçados princípios específicos imputados às falhas legislativas nas decorridas legislações que se sobrepuseram no Brasil até a edição do Código Civil de 2002 que deixou clara a intenção de fundir os princípios reguladores das duas disciplinas.

Mas a intenção deve ser entendida somente sob o aspecto da funcionalidade da codificação e dos interesses próximos que aproximam as disciplinas traçadas junto ao direito privado.

Esperar que diretamente sejam escalados ao direito empresarial a nova ordem principiológica, derivada da constituição, esbarra no absurdo. O contrário por sua vez, também não é razoável.

Assim, devemos entender que se há falha legislativa na construção do direito empresarial, tal lacuna pode ser suprida pela analogia aos princípios norteadores do direito civil. Admitindo-se essa primeira análise, as portas estarão abertas para que o Direito Empresarial seja influenciado por outras ciências, tal como as regras da teoria dos jogos, tratadas a diante.

Para esclarecer a utilização da analogia para a aplicação de princípios alienígenas a uma disciplina, salutar que partamos de uma origem: o conceito. A analogia encontra na doutrina conceito de simplificado entendimento: a aplicação de uma teoria não prevista para determinado caso através da importação de solução de caso similar.

A partir daí, entender que se não há princípio expresso previsto para o direito empresarial, mas existe para o direito civil, nada obsta que ao menos influência possa ser sentida de um em outro, abrindo espaço para a análise que pretendemos.

Ademais, não foi diferente o caminho traçado para que os princípios constitucionais passassem a influenciar os demais ramos do direito. Guardadas as devidas proporções, pois cabe à constituição lançar luz a todo o ordenamento jurídico.

5. Relação de interdisciplinaridade no Direito

Mesmo não devendo ao Direito Civil respeito hierárquico, mas por considerar que a parte relacionada ao empresário e outros institutos vieram inseridas no código civil, partimos da análise de ao menos 3 dos princípios que norteiam a doutrina civilista moderna, demonstrando que, mesmo compreendida a questão de que a ética empresarial difere de um padrão de conduta que não pode ser apreendido por alguns operadores do direito, alguns pilares devem ser respeitados para que a atuação empresarial não tenha aspectos repugnantes, deixando que a busca pelo lucro caminhe dentro de balizas morais sugeridas.

Assim propomos a análise breve das seguintes orientações:

- função social dos contratos,
- boa-fé objetiva e da

- eticidade, decorrendo do anterior.

Tema festejado em todo o Direito Civil, a função social traz para qualquer dos títulos do Direito Civil a obrigação de se observar como todas as relações se desdobram para o mundo exterior. Em linhas gerais, os desdobramentos externos de uma atividade, devem ser tão positivos quanto os frutos gerados para o negócio principal, seguindo orientação de que o alcance de benesses, não pode representar a produção de frutos negativos para o próximo.

As relações devem obedecer a um fim maior que não somente os de seus limites subjetivos. As relações extrapolaram seus limites e devem trazer contribuições para o mundo exterior. No caso de uma indústria, só interessa-nos os resultados se a linha de produção for ecologicamente correta.

Em especial, a função dos contratos, dentro da realidade da personalização do Direito civil, não é mais aceitável acreditar que os contratos existem somente para trazer segurança jurídica aos pactuantes. A análise aqui caminha para que a satisfação dos interesses do ser humano, por trás do contratante, possam ser atendidos à frente dos fins últimos que poderiam ser representados pela fria e literal análise contratual.

Muito bem apontado por Maria Helena Diniz, destaca como um dos elementos essenciais à formação dos contratos o elemento funcional, que induz que esse fato se dá com a *“composição de interesses contrapostos mas harmonizáveis”*. A inserção deste elemento localizado na gênese do instituto nos dá a possibilidade de afirmar que se não houver harmonização, equilíbrio destacamos, o contrato apresenta defeito que dará à sua existência formato indesejável à sua função social.

Na análise da boa-fé objetiva, o art. 422 do Código Civil deixa claro que as relações agora estão amparadas por uma cláusula geral que transcende o momento de nascimento das obrigações. A boa-fé hoje, vai além da anterior boa-fé subjetiva esperada, lançando condutas que começam antes mesmo do pacto, nas chamadas tratativas e vão até além do desfecho temporal tratado, nas condutas que são exigíveis para que o negócio continue a render frutos no tempo.

É a partir da análise da boa-fé objetiva que são vistos os deveres anexos, paralelos secundários ou ainda laterais, resumidos em deveres de Proteção, Informação e Cooperação, resguardos exigíveis para além do adimplemento da obrigação principal.

A leitura do art. 422 deixa clara a tendência ética do código. Senão vejamos: *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*. Para a segurança de tal produção legislativa, evocamos o art. 5º, XIV, CF.

Mas será na eticidade que teremos maiores dificuldades ao contrapor os interesses do empresário com os da sociedade. É certo que o Direito do Consumidor de algum modo busca frear os ímpetus impostos aos hipossuficientes mas o que se espera, dentro de uma linha pautada pela ética nas relações, é uma relação onde ocorra o equilíbrio de interesses sem a necessidade da intervenção do judiciário.

Na lição de Nelson Rosenvald, a eticidade decorre da boa-fé objetiva que *“significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade”*, acrescentando que *“a boa-fé objetiva materializa uma necessária compreensão ética das relações privadas”*.

Encerrando a discussão da necessidade de atuação do empresário sob o novel enfoque principiológico, passaremos a análise da Teoria dos Jogos, para então, ao final, sugerir a fusão dos institutos, demonstrando que está o direito empresarial atento às mudanças, flexível às novas cordatas relações do mundo corporativo. É o empresário o personagem que melhor assume as características de um jogador, pois deve, sob pena de não ver seu negócio prosperar ou ver suas atitudes freadas pelos limites legais impostos, trabalhar de modo ético, visando o lucro em um cenário onde até mesmo a concorrência pode buscar o levantamento de estratégias contrárias a toda esta construção.

Ou seja, estamos querendo demonstrar que há espaço para uma atividade pura que reverta frutos em bons lucros.

6. Teoria dos Jogos e o Direito Empresarial

Pode-se afirmar com veemência que a influência para o mundo da teoria desenvolvida por John Nash começou no estudo da matemática, mas se estendeu para outras ciências como economia, sociologia, biologia e ciências sociais. Admitida e reconhecida pelo mundo tal influência, destacando entre essas o desenvolvimento de técnicas econômicas que otimizaram o trabalho de inúmeras empresas multinacionais pelo mundo, demonstraremos a necessidade

de que o direito empresarial incorpore em suas práticas e estudos a doutrina desenvolvida por Nash, admitindo que não possui princípios próprios e que é uma ciência que tangencia o melhor daquilo com o que necessariamente se relaciona.

Foi Nash o responsável por desenvolver o teorema do equilíbrio, evolução do teorema de Von Neumann (a Teoria dos Jogos baseia-se nesses dois teoremas, daí a importância de Nash), demonstrando que em jogos de duas pessoas de soma zero, o que um ganha é exatamente o que o outro perde aduzindo que a cooperação como elemento do jogo, nem sempre é alcançável.

A partir dessa análise, fez-se necessário inserir à teoria um outro quesito que lhe valesse a aplicação e expansão para as demais ciências. Entra aqui a análise conjunta do elemento competição, onde cada participante, ao abrir mão de estratégia alternativa disponível, alcançava resultado positivo, não ótimo, mas equilibrado para ambos.

A parte complexa da análise reside somente em se lembrar que para cada escolha, reside a chance do insucesso da mesma, ainda que em determinado momento da competição, essa escolha esteja sendo tomada em posição de privilégio.

O brilhantismo da teoria de Nash encontra na percepção do equilíbrio, resposta ao que se pode chamar de escolha madura, optando por um resultado previsivelmente inferior mas positivo, em lugar de trajetória arriscada que abra margem ao fracasso total. Isso pelo lado de quem tendencialmente tem mais chances. No outro lado, para o pretense fragilizado, onde todas as opções tendem a buscar alternativas à derrocada, o resultado alcançado com a escolha madura é também positivo. O risco inerente ao empreendedorismo arriscado é deixado de lado.

Não busca a teoria demonstrar a trajetória Kamikaze de sucesso, pautadas em golpes de sorte ou em resultados sabidamente positivos. A teoria segue intimamente a premissa de que a rota de sucesso pode ser influenciada por elementos que, desordenados, coloquem o resultado da estratégia em margem negativa.

Antes de passar à análise dos elementos que caracterizam a teoria, cabível entender que jogo para o presente contexto é, na lição de Diva Benevides “ uma abstração teórica da realidade”, sendo na doutrina especializada o melhor conceito que define o levantamento dos resultados gerados a partir de uma hipótese para situações que pedem análise estratégica de atitudes.

Para nós, jogo é, tal como na mais simples acepção apreendida por todos na tenra idade; nada mais é que a situação de relacionamento mútuo, na qual duas ou mais pessoas (jogadores), determinadas a um fim, passam a atuar de modo a alcançarem seus objetivos.

Para esclarecer tecnicamente a teoria, passaremos à análise de seus elementos que nos ajudarão na comprovação do tema proposto.

- jogadores: são os agentes do processo no qual estão envolvidos, são os operadores estratégicos que estão, a todo momento buscando os melhores resultados para suas ações.

- opções dos jogadores: em toda ação estratégica a ser seguida por uma empresa, por um investidor ou por um contratante, devem ser conhecidas todas as hipóteses de atitudes ou seja, quais são as regras determinadas, quais as manobras admitidas dentro da legislação, os limites dos contratos, as balisas éticas e morais e, por decorrência lógica, as sanções impostas, o preço dos descumprimentos.

Possuindo tais informações, podem os jogadores verificar no cenário se existe possibilidade de acordo com os demais jogadores, ou se é necessário o desenvolvimento de trabalho que compreenda a estratégia que determine os melhores resultados contratuais, sem que se espere cooperação.

Para esse critério temos as seguintes divisões de jogos:

- jogos cooperativos: os que os acordos entre os jogadores são possíveis. É o mundo perfeito, dificilmente alcançado. A julgar pelo âmbito de participação de jogadores por mercado, é possível afirmar que estaríamos diante de vil atitude empresarial na formação de cartéis em visível afronta às regras antitruste.

- jogos não cooperativos: quando os acordos não são possíveis. É a auto-regularão de mercado, decorrendo da sobreposição de atitudes de governança frente a análise constante dos movimentos do mercado, da economia e do consumo.

- as informações disponíveis: este quesito leva em conta o conhecimento específico sobre o perfil dos demais jogadores, ou seja, conhecer as preferências, avaliar atitudes pretéritas dos outros jogadores buscando identificar sua personalidade empresarial, seu empreendedorismo e capacidade de assumir riscos.

Pode acontecer do outro jogador ser novo no “tabuleiro”, não sendo assim conhecidas suas prováveis atitudes, tornando as ações estratégicas mais complexas e o jogo tendo assim

resultados (*payoffs*) menos prováveis. A Expressão *payoff* decorre justamente da possibilidade de se prever, de acordo com os participantes de um jogo de decisões reiteradas, quais serão os resultados alcançados, em função da previsibilidade comportamental. Para o direito empresarial, podemos destacar que são atitudes conhecidas do mercado e que acabam por determinar resultados naturais como por exemplo a provocação de descontos em passagens por determinada empresa aérea. A guerra de preços é vertente dos estudos da Teoria dos Jogos que sempre demonstra que a prática não é salutar para os envolvidos neste tipo de disputa.

Ao direito empresarial, interessa por exemplo saber que o recuo nos preços pode determinar a possibilidade de ingresso em sua clientela de pessoas fora do perfil de seu produto; pode também inviabilizar o retorno ao patamar de origem do preços, o que determina o realinhamento de todo o planejamento econômico para um determinado exercício; ainda, exigir o ingresso de mais funcionários para atender ao novo grupo de clientes em volume que determine uma folha de pagamento pesada para o tipo de negócio.

Esse pequeno exemplo de uma atitude simples do empresário, abaixar seus preços, demonstra a necessidade de introdução dos estudos da teoria dos jogos ao Direito Empresarial.

De volta às informações disponíveis aos jogadores, divide-se a doutrina para determinar que os jogos possam ser:

- de informação completa: quando os jogadores detêm todas as informações para a tomada de decisões;
- de informação incompleta: quando nem todas as informações são conhecidas pelos jogadores;
- de informação imperfeita: quando um jogador não sabe qual será a atitude tomada pelo seu adversário. O exemplo clássico para o caso de um jogo de informação imperfeita é o “par ou ímpar”.
- de informação perfeita: diz-se que a informação é perfeita quando em situações de ocorrência seqüencial de atitudes dos jogadores, aquele que está prestes a tomar uma decisão sabe exatamente o que o jogador anterior fez. São conhecidos também por jogos seqüenciais, sendo o exemplo mais comum o caso do jogo de xadrez.

Quanto aos resultados, ainda que não sejam considerados pela doutrina como um dos elementos da teoria dos jogos, mas sim a concretização da abstração que constrói o próprio

conceito da teoria, é fundamental que se observe que o produto obtido pela interação de todas estratégias é justamente o que nos interessa.

Ou melhor, jogar ao ponto de antever um resultado (*payoff*), dando ao negócio desfecho que esteja alinhado com os interesses do melhor jogador. No caso em tela, associar esse interesse aos melhores resultados do empresário é o que nos interessa.

Mas quanto aos tipos de resultados conhecidos, temos que são conhecidos por jogos de soma zero aqueles em que o que um jogador perde é exatamente o que o outro ganha e jogos de soma constante aqueles em que o produto do resultado é sempre invariável, sempre o mesmo, seja lá qual for a atitude dos jogadores, que são exatamente o oposto do que acontece com os jogos de soma variável, onde esse resultado é sempre volúvel.

Acompanhando a linha de tomada de decisões que sugerem estratégias sucessivas, chegamos a um resultado, que pode ser o melhor possível, o melhor dentro das circunstâncias ou o que represente a melhor ponderação dos interesses para ambas as partes.

São conhecidas nessa ordem, dominância, que envolve a análise do “ótimo de Pareto”, *maxmin* e a Teoria de Nash.

Por dominância entende-se a estratégia que é considerada melhor que a outra quando os resultados obtidos com a sua adoção geram resultados mais positivos. Sendo a melhor das estratégias conhecidas, provavelmente será a escolhida pelo jogador. Em jogos de duas pessoas, como o conhecido caso do dilema dos prisioneiros (“duas pessoas são aprisionadas, suspeitas de terem cometido, conjuntamente, um crime. Os policiais colocam os suspeitos em celas separadas, de modo que a comunicação entre eles não seja possível; a cada um é perguntado se cometeram ou não o crime”, criando situações de liberdade e cárcere variáveis de acordo com o comportamento de cada um deles em relação a confessar e negar a autoria do crime), o melhor para ambos jogadores é tomar uma decisão que seja a melhor dentro de suas limitações, estratégias e informações disponíveis.

Nesse contexto, é perfeita a abordagem de Vilfredo Pareto, economista francês, ao apontar que a dominância é a melhor opção dentro das circunstâncias conhecidas pois, se em determinadas situações fosse possível aos jogadores comunicarem-se, certamente haveria resultado ainda mais positivo. Tal observação é conhecida como “ótimo de Pareto” e conduz à conclusão de que este melhor resultado seria alcançado sem que ocorresse o implemento do prejuízo para um dos jogadores, chegando-se a uma solução que seria, ótima.

Já em Maxmin temos que o jogador avalia todas as variáveis de suas ações e a de seus oponentes, apresentando como estratégia aquela que lhe garanta o mínimo de forma otimizada, ou seja, o máximo dentro do mínimo, sem correr muitos riscos. Teóricos apontam que a utilização desta teoria deve ser orientada quando não existirem estratégias dominantes disponíveis.

Na opinião de Diva Benevides, “O conceito de maxmin é baseado na idéia de que o jogador age de maneira mais prudente possível”, acrescentando ainda que a adoção de tal teoria “pode conduzir a resultados que geram arrependimento dos jogadores: eles poderiam ter feito melhor”.

Diametralmente oposta à teoria *maxmin*, temos o conceito de equilíbrio de Nash, ou Teoria de Nash que é conhecido por trazer a sensação de não arrependimento dos jogadores pois nesse contexto de análise o jogador escolhe a melhor estratégia de acordo com a escolha do outro jogador. Ainda com Diva Benevides “esse jogador não poderia melhorar a sua situação unilateralmente modificando a estratégia escolhida”.

O interessante da teoria é justamente a posição de ajuste dos interesses dos jogadores dentro de perspectivas que lhe pareçam as melhores, mesmo não ótimas, para a construção da melhor estratégia na defesa de seus interesses

Dentro de informações disponíveis, destacamos a análise do elemento racionalidade, inserido dentro do conceito de informações disponíveis. Os agentes relacionados devem, como sugerido, agir com racionalidade, buscando o fim que se espera de uma relação equilibrada. Não são consideradas para o bom desfecho das relações aqui tratadas, atitudes impulsivas, levianas, inconsequentes. A presunção é a de que os agentes atuam como pessoas racionais, equilibradas, que buscam a análise ponderada de suas ações. É, como dito, a atitude madura.

A justificativa para o apontamento deste elemento encontra balisa na premissa de que o homem desafia a racionalidade ao competir, contratar, decidir, na presunção de estar sempre fazendo a coisa certa. Vastos são os exemplos de competidores que superam marcas ou, ao tentar fazê-lo, pela motivação e passionalidade envolvidos, encontram na morte seu menos devastador resultado. A necessidade de se provar e de superação leva o homem a lugares não conhecidos e também ao óbito. A mesma energia que motiva, deprime.

Para tanto, tais condutas não são consideradas para a presente análise.

Para nós, dentro de um conceito próprio de jogador, ele é o agente de seu próprio resultado. Ele determinará, de forma menos ou mais racional, qual a melhor estratégia a ser desenvolvida e aplicada ao jogo na busca do resguardo de seus interesses e objetivos, dando ao contrato ao qual se vincula, o desdobramento mais interessante dentro de seu ponto de vista.

Como exemplo prático recente, a Embraer promoveu uma demissão em massa, desencadeando amplo debate nos tribunais, onde, sabidamente, o melhor para a empresa naquele momento, avaliando todas as variáveis de mercado, pedidos e demandas, era demitir um número x de funcionários. A análise econômica era nítida: enxugar custos fixos, ainda que pagando custos de demissões injustificadas, seria melhor para o negócio.

O exemplo trazido contraria a construção deste trabalho que prevê a fusão principiológica de diversas ciências, subjugando a ética empresarial aos influxos dos princípios que hoje norteiam o Direito Civil e, conseqüentemente a teoria contratual, vencidos nessa ordem a boa-fé e a eticidade só para citar alguns.

Voltando à estratégia, desdobra-se em análise e aplicação. Enquanto análise, o jogador tem a opção de avaliar todo o cenário posto, estudando como pode atuar e como deve atuar seu confrontante. Do estudo de ambas hipóteses e de todas as variantes, emerge a decisão que acredita a mais acertada. Perceba que é exatamente neste momento, o mais crucial do jogo, que o elemento racionalidade tem mais importância pois, a decisão errada pode valer a frustração do resultado final. É na análise que está todo o cerne da teoria. Avaliar todas as variantes é crucial para o resultado, quando elas disponíveis, sendo ele o desdobramento da estratégia adotada. A aplicação nada mais é que o desdobramento físico das análises intelectuais realizadas até então. É a exteriorização para o jogo da posição tomada.

Mas essa exteriorização, nem sempre é sentida de modo imediato, podendo as medidas só serem sentidas quando do resultado, fluindo o jogo como se na mão do adversário estivesse e, ao final, desvendar outra conclusão.

O jogo de xadrez é exemplo claro deste tipo de abordagem mas que não serve aos fins do presente trabalho pois aos jogos de tabuleiro interessam resultados em desequilíbrio: um ganha e outro perde. Para teoria dos jogos no prisma que tentamos ressaltar no presente trabalho, não há ganhador. Existem ganhadores, existe equilíbrio, existe Nash. O profundo estudo da teoria leva à superação da mesma, quando não interessam resultados em equilíbrio, por isso muitas vezes utilizados em guerras.

Ainda dentro de todas estas variantes, pensando somente sobre o direito empresarial e dos exemplos que conhecemos de modelos de gestão, a todo momento somos incomodados com a idéia de que a teoria foi criada essencialmente para aplicação da gestão empresarial. Estamos tratando de análise estratégicas. Mas a teoria não é sazonal. Teve dias de glória em períodos de guerra e agora apresenta-se ávida pela aplicação ao direito empresarial, observando e ponderando os princípios constitucionais que regem a atividade do empresário.

7. A flexão do Direito Empresarial

Ao adentrar a parte final de nossa abordagem, buscaremos justificar com o que foi exposto até então, a viabilidade na aplicação da teoria propagada por John Nash ao Direito Empresarial, tendo como pano de fundo as relações que são objetivadas na ceara empresarial.

O ponto de partida para esse desfecho não pode ser outro senão comentar a flexibilização do Direito Civil pós Constituição Federal de 1988 e conseqüentemente a entrada em vigor do Código Civil de 2002, elevando a figura da pessoa humana ao patamar de proteção máxima na chamada personalização do Direito Civil, contraposto ao excessivo destaque que era direcionado ao patrimônio na codificação de 1916.

Esse movimento, em parte conhecido por constitucionalização do Direito Civil, traz para a cena, análise principiológica que passa por Alexy e Dworkin, mas que nos interessa em consolidar a idéia de que a ofensa a um princípio chega a ser mais grave que a afronta a uma lei, em determinados casos, confinando a atuação do empresário a um cercado que tem entre seus limites, seu objetivo de lucro, a responsabilidade imposta pela própria constituição e o respeito devido ao mercado.

Ou seja, nosso jogador deve, conhecendo as informações do mercado, demonstrando sua participação em um jogo de informação completa, estruturar sua melhor estratégia de modo a acumular os melhores *payoffs*. A análise do mercado e de suas atitudes deve ser totalmente velada, respeitando valores que, mesmo não representando os melhores para os lucros, representam os admitidos pela ordem legal positiva.

Destaca-se que na análise de determinada situação, o empresário pode ter que sopesar entre a valorização do trabalho, sua manutenção e as respostas mais interessantes do ponto de vista do lucro, tendo por limite a princípio da eticidade. A pergunta é: posso, mas devo fazê-lo?

O exemplo recente que a todos incomoda é o caso Embraer que aos olhos da sociedade e do judiciário representaram afronta aos valores velados pelo direito, ao promover demissão em massa de centenas de trabalhadores.

Por certo, os agentes econômicos de tal ação levaram em conta estratégias que somente aproveitavam aos interesses da empresa, dissociando-se de toda a construção ética demonstrada nesse trabalho. Daí, repete-se a indagação: como fazê-lo?

Explorar os meios de produção até que as engrenagens estafem, remonta a atividade empresarial para um período pré-revolução industrial, onde os mentores do sistema de produção exploravam o ser humano para além de seus limites aceitáveis. O que se vê hoje é algo similar em algumas redes mercantis que, avaliando os impactos, projetam estratégias nefastas onde é mais lucrativo pagar o dano a deixar de subverter a ordem legal.

Admitir tal situação é precificar a atividade empresarial contrária aos princípios que regem o ordenamento, inserindo na linha de produção os custos de tal manobra, o que não deixa de ser utilização da Teoria dos Jogos, mesmo que às avessas, donde se conclui que a ponderação ao equilíbrio levantado por Nash deveria trazer, pelas mãos do judiciário, punições tais que inserissem no conceito de mais valia, o respeito ao ser humano, acima de qualquer objetivo empresarial.

A melhor estratégia parece ser então, a utilização das cláusulas gerais do direito admitindo que o juiz atue como jogador na defesa de interesses difusos, concretizando efeitos de princípios que são erigidos à condição de regras, donde se conclui viável a punição por seu descumprimento.

Mesclando os elementos trazidos de uma e outra área, temos aqui a liberdade de apontar que jogadores são os empresários na busca de seus melhores resultados, atuando em um mercado de acordo com as ações que lhe são possíveis (o que hoje apontamos deficitário pois a subversão de regras pode lhe ser mais útil do ponto de vista econômico), detendo as informações que lhe permitem prever como será a reação de seu adversário.

Curva-se assim o direito empresarial a uma gama de análises que o colocam ao mesmo tempo em condição de ampla liberdade e rigorosas limitações. Melhor sorte teria a ciência se possuísse princípios próprios, coexistindo em um plano paralelo em que forças externas não influenciassem sua atividade. Mas ai não estaríamos discutindo ordenamento jurídico e sim caos legislativo.

A exemplo da mudança radical do perfil do Direito Civil, que abandona o patrimônio como marco de sua proteção e abraça o ser humano como destinatário de sua tutela, vai agora o direito empresarial ao encontro de uma conduta distinta da que conhecemos durante a evolução industrial. Está obrigado a pautar sua atuação na ponderação.

Os melhores resultados e o lucro serão sempre os marcos de sua atuação. Mas para alcançá-los deverá necessariamente avaliar os princípios constitucionais, a legislação trabalhista, cível, penal, tributária, ambiental, as regras econômicas, os costumes e princípios de uma sociedade.

8. Conclusão

Transcorremos nestes itens acima todos os pontos que nos interessavam, buscando a perfeita harmonização do direito empresarial com outras disciplinas e, essencialmente, justificando seu posicionamento em relação às influências destas em sua concretização.

Assim, passamos pela análise principiológica, e destacamos que não tendo entre suas diretrizes princípios próprios, como são outras ciências, desenvolveu a atividade empresária um *modus operandi* muito peculiar ao qual nomeamos de autonomia do direito empresarial.

Mas em linha de desdobramento deste raciocínio, chamamos atenção para o fato de por estar inserido dentro do ordenamento jurídico, passava a dever respeito às regras constitucionais impostas, dever este que ao mesmo tempo em que o insere neste sistema, é responsável pelo relacionamento com outras disciplinas do direito.

A partir deste ponto, ganhou-se espaço para abordar a nova ordem principiológica vigente no Direito Civil pós promulgação do código civil de 2002 e da necessária subordinação do empresário a esta nova ordem, uma vez que mesmo admitindo que a teoria unificadora de Vivante frustrou-se séculos atrás, não foi sem propósito que o legislador pátrio inseriu a parte do empresário no código civil. Frise-se: não o Direito Comercial mas essencialmente a parte relacionada ao empresário. E por quê? Justamente por ser o foco do código civil o ser humano e não o patrimônio, por identificar no empresário o elemento anímico, fonte de atitudes que, por sua lógica influência sobre a sociedade, deve ser instruído sobre as novas regras éticas.

Mas esta relação não poderia ser exigida sem os esforços da analogia como um dos meios de ingerência do direito constitucional sobre o direito empresarial. Concomitantemente já foram exaustivos os estudos sobre a questão principiológica e de sua análise como regra, decorrendo de tais estudos a forçosa sucumbência do direito empresarial à nova ordem. Assim, não só

pela inserção do direito empresarial no código civil, mas muito mais pela sugestão de princípios próximos ao direito empresarial, como o do respeito ao trabalho, provado está o relacionamento dentro de limites que se impõe à autonomia do direito empresarial.

A partir daí sugerir, que mesmo independente e sem princípios expressos, é disciplina permeável, é fazer dela a mais dinâmica dos ramos do Direito, pois a ela e de acordo com o dinamismo que deve pautar a atuação empresarial serão anexados os principais valores e princípios das demais além de receber preciosa contribuição de outras ciências, tal como se provou de seu necessário relacionamento com a Teoria dos Jogos.

É a permeabilidade característica que enaltece toda sua atividade, que dá luz a atividade do empresário que conectado à todas as exigências dos elementos que com ele se relacionam, dá contornos a atividade mercantil que passa a ter traços de responsabilidade, avesso à exploração desenfreada dos meios de produção, sem deixar de lado a necessária busca pelo lucro. Ademais, forçoso destacar que mesmo trabalhando sob o manto da ética e da boa-fé, não pode a sociedade descuidar de ter na atividade empresária, um de seus pilares existenciais, na medida em que fornece emprego, gera arrecadação de tributos, promove a transformação de matéria prima e aciona tantos outros ramos da economia.

9. Bibliografia

- BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 16ª Ed. São Paulo: Atlas 2001.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito de Empresa*. V.13. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIANI, Ronaldo: *Teoria dos Jogos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- GALGANO, Francesco. *Trattato de Diritto Commerciale e Di Diritto Pubbico Dell'Economia*. Pádova: Cedam, 1984.
- GONTIJO, Vinícius José Marques. *O Empresário no Código Civil Brasileiro*. RJTAMG, Belo Horizonte, v.94, p. 17-36: 2004.
- MORROW, James D. *Game Theory for Political Scientists*.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2003.
- OSBORNE, Martin J. *An Introduction to Game Theory*.

PINHO, Diva Benevides. VASCONCELOS, Marco Antônio S. de. *Manual de Economia*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v.2. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSENVALD, Nelson. CHAVES, Cristiano. *Direito Civil. Parte Geral*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Barbosa, Heloisa Helena. Moraes, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. II. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. São Paulo: Método, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário*. 2ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

In <http://jusvi.com/artigos/32517> PINHEIRO, Márcio Alves. *O Direito Empresarial e Seus Princípios Constitucionais*. Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983 – 4640.

In <http://igc.infonet.com.br/imprimir.asp?codigo=6140&catalogo=5&inicio=30> : MENDES, Gilmar de Melo: *A Teoria dos Jogos e o “Equilíbrio de Nash”* , 2003.

In http://www.iced.org.br/artigos/teoria_jogos_fabio_zugman.PDF: ZUGMAN, Fábio: *Teoria dos Jogos - Uma introdução à disciplina que vê a vida como uma seqüência de jogos - Alguns conceitos e aplicações da “matemática das ciências sociais”*, .