

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

**A COLONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS PELO DISCURSO ECONÔMICO:
UMA CRÍTICA A MODELOS DESCRITIVOS DE EMPRESA**

**THE COLONIZATION OF PRIVATE RELATIONSHIPS BY THE ECONOMIC
DISCOURSE: A CRITIC TO DESCRIPTIVE MODELS OF COMPANY**

**Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri
Joana de Souza Machado**

Resumo

Por meio do método reconstrutivo de abordagem e adotando como referencial epistemológico a racionalidade comunicativa habermasiana, este trabalho aborda o processo de colonização das relações privadas pelo discurso econômico, no campo societário. Analisa, em especial, modelos descritivos de relações empresariais, como a teoria do feixe de contratos, e formas de resolução de controvérsias como default rule e hypothetical bargain". Com a análise de conteúdo desses modelos, investiga a hipótese de que há pretensões normativas não problematizadas nas descrições das relações empresariais e nas tomadas de decisão no campo societário, como a especialização e a eficiência enquanto parâmetros de racionalidade. Dirige críticas procedimentais e substanciais aos modelos abordados.

Palavras-chave: Direito privado, Empresa, Discurso econômico, Solução de controvérsias

Abstract/Resumen/Résumé

Through the reconstructive method of approach and by adopting the communicative rationality habermasian as epistemological framework, this paper discusses the process of colonization of private relations by economic discourse in the corporate field. It examines, in particular, descriptive models of business relationships, as the nexus of contracts theory and dispute resolution forms as the "default rule" and the "hypothetical bargain." With a content analysis of these models, it investigates the hypothesis that there are non-problematized normative claims in the descriptions of business relationships and decision-making in the corporate field, such as specialization and efficiency while rationality parameters. It addresses procedural and substantive objections to the approached models.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private law, Company, Economic discourse, Dispute resolution

1. Introdução

Este trabalho, a partir do método reconstrutivo de abordagem e tomando por referencial epistemológico a racionalidade comunicativa de Habermas (2002), problematiza o processo de colonização das relações privadas pelo discurso econômico a partir do campo societário, no qual a análise econômica do direito encontrou grande capilaridade.

Investiga-se a hipótese de que há pretensões normativas não problematizadas em modelos que descrevem as relações empresariais com uso da racionalidade econômica, camufladas por um linguajar especializado, técnico e aparentemente apolítico ou não ideológico.

A hipótese é formulada a partir do referencial epistemológico adotado, a racionalidade comunicativa (HABERMAS, 2002), que refuta a possibilidade de distanciamento ideal entre sujeito cognoscente e objeto, tal como cogitado pela teoria tradicional ou idealista¹.

Isto é, por mais objetiva, científica, puramente descritiva, ou neutra que se pretenda a identificação e/ou descrição de um fenômeno, tal como o empresarial, há, invariavelmente, uma tomada subjetiva de posição por parte do sujeito cognoscente.

São analisados, como exemplos representativos desse processo de colonização, modelos descritivos de relações empresariais, como a ideia de empresa como feixe de contratos (nexus of contracts), e desdobramentos quanto à tomada de decisão nas relações empresariais, como as teorias “*default rule*” e “*hypothetical bargain*”.

Inicialmente, o artigo remonta uma importante porta de entrada do discurso econômico na compreensão do fenômeno empresarial, isto é, a ideia de custos de transação, de Coase (item 2), para contextualizar o modelo descritivo de empresa enquanto feixe de contratos (item 3) e as suas principais linhas teóricas (itens 3.1 e 3.2). Finalmente, o artigo, a partir da lente epistemológica adotada, realiza análise de conteúdo dos modelos descritivos, especialmente nos seus desdobramentos quanto à intervenção do Estado e à tomada de decisão nas relações empresariais no campo societário (item 4).

¹ As expressões “teoria tradicional” ou “idealista” são utilizadas no sentido conferido pela Escola de Frankfurt, no projeto da construção de uma teoria epistemológica crítica. Cf. HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, Walter et al. *Textos escolhidos*. Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 137.

2. Desvendando o interior da empresa: a contribuição de Coase

A visão da empresa como *nexus of contracts* parte de uma revisão do trabalho de Ronald Coase, *The nature of the firm*, publicado em 1937. De acordo com Coase, a empresa seria um método alternativo para a coordenação da atividade produtiva. Enquanto no mercado, a colocação dos fatores de produção segue o mecanismo de preços; na empresa, ao contrário, impera a coordenação e direção desenvolvidas pelo *entrepreneur*. Mas quais seriam as razões que justificam a opção pela empresa no lugar do mercado?² Para Coase, a resposta estariam nos chamados “custos de transação”.

A opção pelo mercado implica determinados obstáculos que dificultam as negociações. Esses custos decorrem das mais variadas causas, como, por exemplo, da dificuldade de se obter informações sobre os melhores preços e da necessidade de celebrar um contrato em cada negociação e de acompanhar a sua execução. Com a empresa, é possível superar vários desses obstáculos presentes no mercado, por meio de uma estrutura organizativa capaz de agregar e coordenar os fatores de produção para o desenvolvimento da atividade produtiva.³ A organização em forma de empresa representa, assim, uma forma de se evitarem os problemas presentes nas operações que se realizam no mercado.

Da mesma forma, já observava Coase, a opção pela empresa também apresenta custos, como ocorre quando a estrutura organizativa mostra-se desproporcional aos rendimentos esperados ou quando são tomadas decisões equivocadas em relação aos fatores de produção.⁴ Esses custos podem levar o empresário a rever a sua opção, com a redução da estrutura da empresa e o retorno ao mercado para o atendimento de necessidades que, até

² “The firm in modern economic theory is an organization which transforms inputs into output. Why firms exist, what determines the number of firms, what determines what firms do (the inputs a firm buys and the output it sells) are not questions of interest to most economists.(...)The Nature of the Firm to provide a rationale for the firm and to indicate what determines the range of activities it undertakes.” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.06.

³ “We may sum up this section of the argument by saying that the operation of market cost something and that, by forming an organization and allowing some authority (an ‘entrepreneur’) to direct the resources, certain marketing costs are saved. The entrepreneur has to carry out this function at less cost. Taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this.” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.41

⁴ “The approach which has just been sketched would appear to offer an advantage, in that it is possible to give a scientific meaning to what is meant by saying that a firm gets larger or smaller as he abandons the organization of such transactions. The question which arises is whether it is possible to study the forces which determine the size of the firm. Why does the entrepreneur not organize one less transaction of more?” COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p.42

então, eram supridas pela própria estrutura interna da empresa.⁵ Com a constatação de que em todas as opções existem obstáculos, pode-se extrair a seguinte conclusão do trabalho de Coase: a escolha entre mercado ou empresa depende do cotejo dos custos e benefícios presentes em cada alternativa.

3. O contrato no lugar da pessoa jurídica: a empresa como *nexus of contracts*

3.1 A contribuição de Alchian e Demsetz

Embora publicado em 1937, somente na década de 70 o trabalho de Coase passou a receber uma maior atenção. Exatamente nesse período, mais precisamente em 1972, foi elaborada a teoria do *nexus of contracts* por Alchian e Demsetz.⁶ Como ponto de partida, os autores concordavam com Coase no sentido de que a empresa seria uma alternativa ao mercado, por permitir a organização de fatores de produção. No entanto, não concordavam com a descrição interna desse processo de coordenação, centrado na autoridade do empresário (*entrepreneur*).

Para Alchian e Demsetz não fazia muito sentido imaginar que as relações desenvolvidas no interior da empresa dependem exclusivamente da autoridade de uma pessoa, sendo indiferentes à lógica presente nas transações negociais.⁷ No lugar da atividade de comando imaginada por Coase, seria importante perceber que a empresa é, na verdade, constituída também por uma variedade de transações pelas quais cada participante procura alcançar os seus próprios interesses. Não haveria como separar claramente as negociações que caracterizam os mercados daquelas ocorridas na empresa, que passa a ser entendida como um complexo de relações contratuais, com as quais os diversos detentores dos fatores de

⁵ Na opinião de Coase, a expansão de uma empresa ocorre até que o custo para organizá-la se torna igual ao custo que se mostra presente quando se recorre ao mercado para obter a mesma transação

⁶ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization* In: *The American Economic Review*, Vol. 62, n. 5., Dezembro, 1972.

⁷ “It is common to see the firm characterized by the power to settle issues by fiat, by authority, or by disciplinary action superior to that available in the conventional market. This is delusion. The firm does not own all its inputs. It has no power of fiat, no authority, no disciplinary action any different in the slightest degree from ordinary market contracting between any two people”.ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization* In: *The American Economic Review*, Vol. 62, n. 5., Dezembro, 1972. pp. 777

produção organizam a forma como esses recursos serão utilizados.⁸ Enfim, na opinião dos autores, a pessoa interessada em utilizar qualquer fator de produção do qual seja proprietária, terá que, necessariamente, submeter-se a uma transação, seja no mercado ou, então, na empresa.⁹

Com a aproximação do mercado em relação à empresa, haveria ainda sentido em se falar de formas alternativas de organização dos fatores de produção? Para os autores sim, uma vez que, na empresa, o complexo de negociações promove, ao contrário das transações de mercado, a criação de um *team productive process*, ou seja, uma forma de produção coletiva voltada para obtenção de um resultado final.¹⁰ O modelo da produção em equipe ressalta a importância da organização, na medida em que o valor do produto final suplanta a simples soma das contribuições individuais. A existência dessa “equipe” representa um fator que influencia decisivamente na opção pela empresa em detrimento do mercado, uma vez que garante, em tese, um processo coordenado na reunião do conjunto de recursos.

Acontece que essa forma de produção tem também os seus pontos negativos. Como os recursos utilizados não pertencem a mesma pessoa, havendo vários titulares, a dispersão dos esforços individuais poderia comprometer a capacidade produtiva. Para reduzir esse tipo de problema, seria importante a especialização de uma parte da equipe que passaria a ter a função de acompanhar a performance dos *inputs* de cada membro.

Nesse contexto de especialização, há a questão de se determinar quem irá “controlar o controlador.”¹¹ Como solução, os autores apontam a necessidade de se estabelecer um acordo pelo qual os controladores recebam a tarefa de monitorar as atividades dos outros agentes, em troca da apropriação do resultado final gerado, uma vez atendidas as pretensões de credores e trabalhadores. Esse direito ao resultado residual, ao contrário das retribuições pré-fixadas dos demais membros, funcionaria como um incentivo adicional para o exercício da função de monitoramento, evitando eventuais abusos.¹²

Apesar do pioneirismo de Alchian e Demsetz ao ressaltarem o papel fundamental da

⁸ Ibid.,p. 780

⁹ Ibid.,p. 781

¹⁰ “Team production, to repeat, is production in which 1) several types of resources are used and 2) the product is not a sum of separable outputs of each cooperating resource. An additional factor creates a team organization problem-3) not all resources used in team production belong to one person.” ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization* In: *The American Economic Review*, Vol. 62, n. 5., Dezembro, 1972.p.779.

¹¹ “But who will monitor the monitor? One constraint on the monitor is the aforesaid market competition offered by other monitors, but for reasons already given, that is not perfectly effective. Another constraint can be imposed on the monitor: give him title to the net earnings of the team, net of payments to other inputs. ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization* In: *The American Economic Review*, Vol. 62, n. 5., Dezembro, 1972.p. 782.

¹² Ibid,p. 787.

estrutura contratual no interior da empresa, o destaque conferido à parte dominante, responsável pela atividade de monitoramento, poderia, dependendo da interpretação, ocultar a importância das transações internas. Nesse sentido, Jensen e Meckling, partindo dessa mesma estrutura contratual, procuram apresentar uma nova teoria econômica, na qual a empresa passa a ser vista como uma ficção jurídica que funciona como um ponto para o encontro de um conjunto de relações entre diversos indivíduos. Trata-se de uma versão que amplia a base contratual de Alchian e Demsetz, tendo em vista que os vínculos que caracterizam a empresa alcançariam também os fornecedores, clientes, bancos e empregados.

3.2 A contribuição de Jensen e Meckling

Jensen e Meckling concentraram seus estudos principalmente na análise da *public company* (sociedade anônima aberta), na qual constatam a presença de relações contratuais envolvendo os acionistas e gestores.¹³ De acordo com essa visão, a *public company* é descrita como um *nexus of contracts*, ou seja, um feixe de relações contratuais, sendo o termo contrato utilizado no seu sentido econômico, representando qualquer relação econômica pautada em um acordo recíproco.¹⁴

Ao contrário do que foi estipulado no modelo de Alchian e Demsetz, na *public company*, grande parte dos acionistas consideram mais vantajoso transferir a direção e o controle da atividade produtiva a um grupo restrito. Daí porque não haveria sentido em se pensar que o direito de se apropriar exclusivamente do lucro, já seria, por si só, suficiente a estimular uma maior participação na fiscalização das atividades. Nessas sociedades, observa-se um conjunto de contratos que instauram relações de “agência”, pelas quais os sócios,

¹³ "Theory of the Firm: An Empty Box? While the literature of economics is replete with references to the theory of the firm, the material generally subsumed under that heading is not actually a theory of the firm but rather a theory of markets in which firms are important actors. The firm is a black box operated so as to meet the relevant marginal conditions with respect to inputs and outputs, thereby maximizing profits, or more accurately, present value. Except for a few recent and tentative steps, however, we have no theory which explains how the conflicting objectives of the individual participants are brought into equilibrium so as to yield this result." JENSEN, Michael, e MECKLING, William. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*. in *Journal of Financial Economics* n.3, 1976. p. 3.

¹⁴ "It is important to recognize that most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals. This includes firms, non profit institutions such as universities, hospitals, and foundations, mutual organizations such as mutual savings banks and insurance companies and co-operatives, some private clubs, and even governmental bodies such as cities, states, and the federal government, government enterprises such as TVA, the Post Office, transit systems, and so forth." JENSEN, Michael, e MECKLING, William. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*. in *Journal of Financial Economics* n.3, 1976. p.5.

considerados *principals*, delegam poderes para os gestores, que, na condição de *agents* dos primeiros, deverão exercitá-los em nome dos acionistas.¹⁵

Na concepção dos teóricos da *nexus of contracts*, a necessidade de especialização do trabalho representava o principal fator da separação entre propriedade e controle. Se por um lado essa divisão garantia exclusivamente ao *manager* a função de direção e de fiscalização dos diversos *input owners*, permitia, por outro, que os acionistas se preocupassem exclusivamente com o risco do investimento, na maior parte dos casos, disperso em outras empresas.¹⁶

A criação de uma organização pautada nesse processo de transferência da gestão para os administradores apresenta também os seus problemas. Nesse sentido, os autores passam a destacar os custos de agência como o principal problema do governo societário, já que a disparidade de informação disponível e de interesses poderia gerar conflitos entre acionistas e administradores, fazendo com que o agente não se empenhasse adequadamente no exercício da sua função.

Uma vez influenciados pela teoria da agência, Jensen e Meckling passam a adotar o pressuposto de que a disparidade de informação disponível e de interesses representa um fator contínuo de desequilíbrio no interior da empresa. Como não há a possibilidade de eliminar essa instabilidade, torna-se necessário, ao menos, reduzi-la, com adoção de modelos de fiscalização e de incentivos.

Em relação aos incentivos, sustentam que a previsão de um salário correspondente à função pode não se mostrar suficiente, como acontece quando não existem condições de se acompanhar diretamente o comportamento do agente. Nesses casos, seria interessante um sopesamento entre os incentivos e os riscos, de forma a evitar que o agente mostre total indiferença aos resultados, estipulando, por exemplo, aumento da remuneração do administrador proporcional ao incremento dos ganhos dos acionistas.

De acordo com a teoria da agência, a possibilidade de prever possíveis comportamentos desleais, em face da pressuposição da assimetria de informações e interesses,

¹⁵ “We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers, there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The *principal* can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent. In addition in some situations it will pay the *agent* to expend resources (bonding costs) to guarantee that he will not take certain actions which would harm the principal or to ensure that the principal will be compensated if he does take such actions. However, it is generally impossible for the principal or the agent at zero cost to ensure that the agent will make optimal decisions from the principal’s viewpoint.”

¹⁶ Ibid.p. 45.

permite, na celebração do contrato, que o “principal” (acionistas, empregadores, etc.) ajuste mecanismos de monitoramento, incentivo e distribuição do risco para a mitigação dos problemas de agência.

É nesse ponto que os autores destacam a importância da individualização de um acordo na empresa, capaz de, ao estipular mecanismos de controle, limitar os efeitos nocivos de comportamentos “oportunistas”. Mais do que propor a fragmentação da empresa, a nova versão da teoria do *nexus of contracts* revelava-se como um novo modelo para a descrição dos custos da atividade empresarial, relacionados à negociação de um complexo sistema de controle e incentivos.¹⁷

Apesar de a teoria da agência ter contribuído para desvendar os conflitos que se desenvolvem no interior de determinadas organizações, tendo influenciado marcadamente a análise econômica do direito societário dos Estados Unidos, ela foi alvo de contundentes críticas entre os próprios economistas. O principal problema estaria no fato de se imaginar, como destacou Williamson, que o “futuro não reserva surpresas”, ou seja, a relação principal-agente pressupõe, de forma equivocada, a premissa de que as partes envolvidas seriam capazes de estabelecer, de antemão, um contrato, neutralizando os efeitos futuros de comportamentos desleais.¹⁸

Para evitar a ilusão de que um conjunto de estruturas pré-determinadas seria suficiente para capturar possíveis eventos futuros, o melhor seria partir de um novo pressuposto: a incompletude do contrato. Foi o que fez a chamada nova economia institucional. A racionalidade limitada dos agentes econômicos representa um obstáculo para redação de contratos complexos que garantam investimentos contínuos e uma adaptação à alteração das circunstâncias fáticas.¹⁹ Nesse contexto, a empresa passa a ser vista como uma estrutura de governança alternativa ao mercado, para lidar com as incertezas e minimizar custos de transação.²⁰ Na classificação de Williamson, a hierarquia, o mercado e uma terceira forma híbrida formam as estruturas básicas de governança, cada uma com suas vantagens e desvantagens.²¹ A empresa, após comparar as alternativas existentes, poderá decidir quais as operações que deverão ser realizadas sob o controle interno, em que prevalece uma estrutura

¹⁷ Nesse sentido: MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milano:Giuffrè, 2000.p.230

¹⁸WILLIAMSON,Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações?* .In: ZYLBERSZTAJN, Decio.SZTAJN,Rachel. *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.p.17.

¹⁹Ibid. p.20

²⁰Ibid.,p.23

²¹WILLIAMSON,Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações?* .In: ZYLBERSZTAJN, Decio.SZTAJN,Rachel. *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.25.

hierárquica, e quais poderão ser negociadas no próprio mercado.

4. Modelos descritivos e pretensões normativas

A teoria do *nexus of contracts*, como já destacado, foi desenvolvida no contexto da Análise Econômica do Direito. Nos últimos quarenta anos, a chamada Análise Econômica do Direito (AED) tem conquistado um grande destaque no cenário jurídico. Apesar de a sua origem estar relacionada ao trabalho de economistas e juristas americanos, mais especificamente da Universidade de Chicago, os trabalhos de Coase, Calabresi e Posner, repercutiram em vários países da Europa e da América Latina.

A AED tem como objetivo principal analisar questões jurídicas sob o ponto de vista econômico. Para tanto, essa singular aproximação tem como premissa fundamental a ideia de que o Direito envolve necessariamente uma racionalidade econômica, que, por sua vez, confere grande destaque à lógica da eficiência econômica.

Como destaca Xavier Calsamiglia, essa forma de investigação dos problemas jurídicos parte da noção de que o universo econômico é composto por indivíduos que se relacionam através de intercâmbios constantes. As ações são marcadas, assim, por um processo de eleição entre várias alternativas possíveis, sendo que essas escolhas são feitas de acordo com as “preferências individuais que organizam todo esse conjunto de alternativas.”²² Partindo do pressuposto de que as regras jurídicas influenciam no comportamento individual, forja-se um modelo no qual o Direito passa a ser visto com um instrumento de atribuição de benefícios e sanções voltados para a maximização do bem-estar social.²³

Dworkin foi um dos principais críticos da tentativa de se colocar a maximização da riqueza social como critério de decisão judicial:

²² CALSAMIGLIA, Xavier. *Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación*. Madri. Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 13, pp. 69-88, 1999.

²³ É importante destacar que não se trata de um movimento homogêneo, como ressalta Alejandro Bugallo: “O movimento não é homogêneo, ao contrário, congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada *conservadora*, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a *liberal-reformista*, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Leljanovski como *tendência neoinstitucionalista*, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações*. In: Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006.

Não afirmei que maximizar a riqueza social é apenas uma entre os vários objetivos possíveis, ou que é um objetivo social mesquinho, pouco atraente e impopular. Afirmei que ela não faz nenhum sentido como objetivo social, mesmo entre outros. É absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca. Portanto, é bizarro atribuir aos juizes o motivo de maximizar a riqueza social por si mesma ou de perseguir a riqueza social como um alvo falso para algum outro valor.²⁴

A teoria do *nexus of contracts* permite enfrentar o problema da natureza da empresa sem que seja necessário recorrer à metáfora da pessoa jurídica. Essa nova visão da empresa busca superar a posição tradicional, apoiada na figura do sujeito abstrato, para, assim, alcançar uma valoração substancial do fenômeno empresarial, com a individualização dos seus elementos essenciais.

Nesse contexto, a empresa passa a ser retratada como o centro de um feixe de relações contratuais, explícitas ou implícitas, entre as diversas pessoas envolvidas na atividade empresarial. No lugar de descrever a organização empresarial a partir da intermediação conceitual de um ente que transcende a identidade de cada agente, adota-se um modelo voltado para a despersonalização da empresa, na medida em que valoriza as relações contratuais entre os seus verdadeiros participantes.²⁵

Nessa visão contratual, os termos e condições desse *corporate contract* resultam dos próprios acordos negociados pelas partes ou decorrem das regras impostas pelo ordenamento. No segundo caso, a função do legislador seria a de reforçar o cumprimento dos contratos e de estabelecer um conjunto de regras-standards, chamadas de *default rules*, destinadas a suprirem as lacunas presentes nos contratos.²⁶

²⁴DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 361

²⁵Como destaca Carlo Marchetti: “Eppure, mai nei dibattiti antecedenti alla diffusione del modello contrattuale dell’impresa era stata posta in discussione la legittimità del riferimento alla organizzazione d’impresa come ad un qualche cosa che transcende la mutevole identità dei soggetti che vi partecipano. Come evidente, la concezione contrattualista della società rifiuta decisamente tale impostazione. Non ha più senso, sostengono i giuristi impegnati nella recezione del modello economico del *nexus of contracts*, fare riferimento ad una finzione di natura puramente giuridica come è quella rappresentata dalla entità societale. Per poter correttamente analizzare le complesse problematiche che si pongono nello studio e nell’applicazione del diritto societario occorre invece partire dalla consapevolezza che l’oggetto di qualsiasi analisi in materia altro non è se non un intreccio di relazioni contrattuali tra soggetti umani”. MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milano: Giuffrè. 2000. p. 18.

²⁶Segundo J. William Callison e Allan W. Vestal: “In this view, the state’s role is limited to contract enforcement; concepts of good faith and fair dealing are merely contract “gapfillers” or “default rules” to cover items that the parties would have covered by contract had they had the foresight to do so in the absence of transaction costs, and parties are free to decline to be bound by these default rules”.

Em face da presença dos custos de transação – como a dificuldade no acesso às informações relevantes ou na redação dos contratos – as partes não se mostram capazes de estabelecer, *ex ante*, todas as regras necessárias. Segundo a teoria do *nexus of contracts*, a função do ordenamento seria a de fornecer regras de *default* para as situações em que os custos de transação impediram as próprias partes de discipliná-las.

Uma vez reconhecida a função subsidiária do ordenamento, haveria necessidade de estabelecer qual critério deveria nortear a elaboração da norma destinada a suprir a lacuna contratual. Para uma parte dos autores que adotam essa visão contratual, como F. Easterbrook e D. Fischel, a solução seria o método do *hypothetical bargain*. Tanto o legislador como o juiz deverão procurar a solução mais eficiente, que as partes teriam hipoteticamente formulado, caso não existissem os custos de transação.

Mesmo havendo divergências entre os próprios seguidores sobre os desdobramentos da teoria do *nexus of contracts*, deve-se notar que esse aparente modelo descritivo acaba, na verdade, encobrindo pretensões normativas. Diante do arranjo da *default rule*, percebe-se, claramente, a opção por minimizar a ingerência do Estado nas relações societárias e empresariais.²⁷ Isso porque essas diretrizes gerais seriam destinadas apenas à integração dos contratos, sob o pressuposto de que as partes implicadas se encontram em melhores condições para disciplinar os interesses em jogo do que o legislador, na busca pela maximização de riqueza.

No modelo de *default rule*, a participação dos sujeitos na decisão não é alvo de preocupação, na medida em que o legislador está orientado a buscar uma solução que permita ao *manager* realizar apenas as operações que consigam avultar as riquezas dos acionistas e do próprio *manager* (maximização do *surplus*). Porém, ainda que as decisões possam representar, em seu resultado, alguma vantagem para todas as partes, como a maximização de lucros, é fato que nem todos participam do processo de tomada de decisão, ao que pode haver desacordo sobre o caminho escolhido para obtenção do resultado atingido.

A questão do direito de voto nas sociedades empresárias fornece um exemplo interessante. Conforme lembra Erica Gorga, o direito de voto na sociedade anônima aberta estaria condicionado a um suposto poder residual de decidir, já que os contratos celebrados na

CALISON, J. William. VESTAL, Allan W.. *Contractarianism and Its Discontents: Reflections on Unincorporated Business Organization Law Reform* In: Suffolk U. L. Rev. 493, 2008.

²⁷ A adoção do modelo de regras de default implica na redução do papel do Estado em matéria societária. “La letteratura in materia di default rules pone sullo stesso piano regole societarie e regole contrattuali, utilizzando argomentazioni ed esempi che possono essere applicati in entrambi i settori. Una pressoché completa simmetria si riscontra anche nelle definizioni della nozioni di default rule. Alle regole legali si attribuisce il compito di integrare il contratto societario quando i contraenti non abbiano disciplinato una determinata situazione.” BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000. p. 100.

constituição não contemplam todas as decisões necessárias para o funcionamento da sociedade empresária.

O direito de voto cabe ordinariamente a acionistas, e não a outros detentores de interesses (*stakeholders*) como credores e trabalhadores, em função de uma razão econômico-jurídica. Os acionistas destinaram capital para o empreendimento societário. Ao realizarem investimento na sociedade, os acionistas são detentores de pretensão residual (*residual claimants*) do resultado econômico da empresa. Isto significa dizer que os acionistas arcam com as perdas ou recebem os lucros provenientes do desempenho da sociedade, sendo, por conseguinte, eficiente que detenham direito de voto.²⁸

Nesse linha, Easterbrook e Fischel chegam à conclusão de que o poder de voto por parte dos trabalhadores poderia elevar os custos de agência. Segundo esse raciocínio, os empregados não teriam os melhores incentivos para votar de forma eficiente já que normalmente negociam a sua remuneração antes de saberem como será a atuação da sociedade empresária.

O modelo da *hypothetical bargain* parece apresentar alguma preocupação com a legitimidade das decisões nas relações empresariais ao reivindicar que o legislador e o juiz busquem soluções eficientes, na tentativa de alcançar o resultado que as partes teriam obtido, não fossem os obstáculos, como custos de transação.

Se o modelo do *default rule* sequer tematiza a questão do processo de tomada de decisão, esse último modelo, do *hypothetical bargain*, também não escapa a uma crítica procedimental pelo aspecto construtivista que revela possuir. Em semelhante linha à noção de “véu da ignorância” de Rawls, esse modelo pressupõe ser uma boa decisão aquela em que a pessoa que decide coloca-se na posição ideal do outro, para quem se decide, na tentativa de alcançar o que esse outro julgaria ser o melhor.²⁹

Mas se não há intersubjetividade na decisão, e, em sociedades pós-convencionais, não há uma noção consensual ou minimamente homogênea sobre o que é bom ou ruim; o modelo não tem como garantir, com a ideia de hipotética negociação, uma mínima correspondência fática.

De todo modo, para além da crítica procedimental, as duas linhas de argumentação – *default rule* e *hypothetical bargain* – dão ensejo a uma crítica mais forte, de ordem

²⁸ GORGA, Erica. *Direito Societário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.142

²⁹ Nesse sentido, conferir: BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000. p.104.

substancial. Em ambas as linhas, constata-se que a referência de uma boa decisão em relações empresariais recai sobre o critério de eficiência.

Se no modelo de *default rule* o legislador pouco intervém, é porque as partes estão mais habilitadas a otimizarem suas ações e decisões na busca pela eficiência; no modelo *hypothetical bargain*, legislador e juiz conseguem boas soluções quando se investem na posição das partes, isto é, em negociação voltada a essa mesma busca pela eficiência. Em ambos, presume-se, assim, que todos os implicados são movidos pelo mesmo valor – maximização de riquezas, eficiência – como se só essa postura esboçasse algum sintoma de racionalidade.³⁰

5. Conclusão

As críticas à teoria do *nexus of contracts* não se restringem às pretensões normativas. Ainda enquanto modelo descritivo, a opção pelo contrato no lugar do sujeito abstrato não convence. No próprio contexto norte-americano, vários autores passaram a questionar a descrição da empresa pela via contratual, como se existisse um consenso prévio que legitimasse a atuação do *manager* em face dos vários acionistas dispersos.³¹

A teoria do *nexus of contracts* tenta remover a visão antropomórfica que acompanha a empresa, eliminando qualquer referência a um ente abstrato. No entanto, assim como aconteceu com o nominalismo, o combate à abstração é feito com a adoção de outro modelo individual, no qual a empresa passa a ser retratada a partir do ponto de vista de indivíduos autônomos que, na persecução dos seus próprios interesses, estabelecem negociações referentes à utilização dos fatores de produção.

Nesse modelo fluido, a unidade conceitual, que contribuía na delimitação das fronteiras entre mercado e empresa, esvai-se no emaranhado de relações que envolvem fornecedores, consumidores, sócios, empregados e administradores. Em face dessa desintegração da empresa, há a necessidade de permanecer buscando outras respostas capazes

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.393

³¹ "It is erroneous to use the term 'contract' to describe dispersed stockholders' relation to corporate management, if by doing so the user assimilates the assumptions about parties' volition and cognition in conventionally bargained contracts to the circumstances that attend the connection between management and its corporation". BRUDNEY, Victor. *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*. In: Colum. L. Rev. 1403, novembro, 1985.

de garantir a unidade conceitual fornecida pelo ente abstrato sem, no entanto, comprometer a complexidade das relações que se desenvolvem no seu interior.

Não é objetivo desse trabalho apresentar uma proposta alternativa de descrição das relações empresariais. A contribuição pretendida era a de se sublinhar que nesse caminho de compreensão e vivência das relações empresariais, como de resto todo o mundo da vida, avança-se mais quando se obtém transparência quanto às pretensões, premissas, pré-compreensões dos modelos descritivos e quanto ao próprio local de fala dos sujeitos cognoscentes. A inevitável subjetividade do pesquisador não precisa conduzir necessariamente a um processo de dominação ideológica, podendo, ao contrário, contribuir para a construção de um saber racional, ainda que não neutro.

Assim, ao se desnudar a premissa da eficiência nos modelos descritivos analisados nesse trabalho, problematiza-se o processo de colonização das relações privadas pelo discurso econômico, problematiza-se a lógica de prestígio ao utilitarismo e à especialização nos espaços de decisão em detrimento da busca por soluções mais democráticas e legítimas.

6. Referências

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações*. In: *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006.

ALCHIAN, Armen A. DEMSETZ, Harold. *Production, Information Costs, and Economic Organization* In: *The American Economic Review*, Vol. 62, n. 5., Dezembro, 1972.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000.

BRUDNEY, Victor. *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*. In: *Colum. L. Rev.* 1403, novembro, 1985.

CALSAMIGLIA, Xavier. *Racionalidad individual y coletiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación*. Madri. Doxa- Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 13.

CALISON, J. William. VESTAL, Allan W. *Contractarianism and Its Discontents: Reflections on Unincorporated Business Organization Law Reform* In: *Suffolk U. L. Rev.* 493, 2008.

COASE, R. H. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GORGA, Erica. *Direito Societário Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *O discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, Walter et al. *Textos escolhidos*. Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

JESEN, Michael, e MECKLING, William. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure*. in Journal of Financial Economics n.3, 1976.

MARCHETTI, Carlo. *La Nexus of Contractus Theory*. Milano:Giuffrè, 2000.

WILLIAMSON, Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações?* .In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia – Análise Econômica do Direito das Organizações*.